

# *Sistemas Judiciales*

Una perspectiva integral sobre la administración de justicia



¿Funciona la investigación  
criminal en la región?

Estructura judicial  
en América

**Ricardo Lillo L.** Comentarios al informe para Chile “Desafíos para la investigación y persecución penal de los delitos complejos en países de las Américas” • **Mildred Hartmann Arboleda** La capacidad del sistema judicial colombiano para dar resultados en delitos de connotación social • **Luciano Hazan** La investigación y persecución de delitos de alta connotación social en Argentina • **Mauricio Duce J.** Desafíos en la persecución de delitos comunes en Chile: reflexiones a partir de una investigación empírica • **Elvin Díaz** Estado de situación del Ministerio Público en Guatemala. Valoraciones críticas y desafíos • **DEBATE** La situación de la investigación y la persecución en los sistemas penales de las Américas

## **Sistemas Judiciales**

### **Directores**

*Cristián Riego*

*Alberto Martín Binder*

### **Comité Editorial**

*Christina Biebesheimer*

*Rafael Blanco*

*Carlos Cordovez*

*Alfredo Fuentes*

*Linn Hammergren*

*Luis Paulino Mora Mora*

*Luis Pásara*

*Hernando París*

*Carlos Peña*

*Rogelio Pérez Perdomo*

*Silvina Ramírez*

*Juan Enrique Vargas*

❖ EDITORIAL.....	4
❖ <b>TEMA CENTRAL ¿Funciona la investigación criminal en la región?</b>	
▶ <b>Ricardo Lillo L.</b> Comentarios al informe para Chile “Desafíos para la investigación y persecución penal de los delitos complejos en países de las Américas” .....	6
▶ <b>Mildred Hartmann Arboleda</b> La capacidad del sistema judicial colombiano para dar resultados en delitos de connotación social .....	12
▶ <b>Luciano Hazan</b> La investigación y persecución de delitos de alta connotación social en Argentina.....	24
▶ <b>Mauricio Duce J.</b> Desafíos en la persecución de delitos comunes en Chile: reflexiones a partir de una investigación empírica.....	36
▶ <b>Elvin Díaz</b> Estado de situación del Ministerio Público en Guatemala. Valoraciones críticas y desafíos.....	50
❖ <b>DEBATE</b>	
▶ La situación de la investigación y la persecución en los sistemas penales de las Américas .....	58
❖ <b>TEMA CENTRAL Estructura judicial en América</b>	
▶ <b>Lorne Sossin.</b> “How can greater judicial integrity be achieved?” .....	76
▶ <b>Alberto. M. Binder.</b> ¿Cómo y sobre qué debe rendir cuentas el sistema judicial?.....	88
❖ <b>NOTAS GENERALES</b>	
▶ <b>William E. Davis y Razili K. Datta.</b> La implementación de programas de RAC en sectores de justicia en desarrollo. Estudios de caso y lecciones aprendidas.....	104
❖ <b>RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	
▶ <i>Persecución de delitos complejos: capacidades de los sistemas penales en América Latina”.</i> CEJA – CIDA.....	108

[ Las opiniones vertidas en la revista son de responsabilidad de sus autores y no de las instituciones que la editan. ]

**Equipo Editorial:**

Andrea Cabezón P.  
Leticia Lorenzo  
Francisco Godinez Galay  
Inés Binder

**Colaboradores:**

Santiago Martínez (Argentina)  
Elena Godoy (Argentina)  
Enrique Mac Lean (Bolivia)  
Ricardo Lillo (Chile)  
Cristóbal Machuca (Ecuador)

**Diseño gráfico y diagramación:**

Patricia Peralta

**Traducciones:**

Kate Goldman

**Web:**

30f - CPR

**CEJA**

Rodo 1950, Providencia,  
Santiago de Chile,  
Tel: +56 (2) 2742933  
Fax: +56 (2) 3415769

E mail: [info@cejamericas.org](mailto:info@cejamericas.org)

Página web: [www.cejamericas.org](http://www.cejamericas.org)

**INECIP**

Talcahuano 256, 1º piso (C1013AAF)  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina,  
Tel/Fax: (00-54) 1143720570,

E-mail: [inecip@inecip.org](mailto:inecip@inecip.org)

Página web: [www.inecip.org](http://www.inecip.org)

### ¿Funciona la investigación criminal en la región?

Damos la bienvenida al N° 15 de Sistemas Judiciales, que a la vez se constituye en nuestro segundo número en el formato virtual.

A diferencia de otros números de Sistemas Judiciales, en que se presenta un tema central y una serie de artículos de relevancia y vigencia sobre diversos temas, en esta edición hemos optado por focalizarnos en dos ejes temáticos: la actuación de los Ministerios Públicos en delitos que requieren investigación y los desafíos actuales para el Poder Judicial.

En lo que hace a la actuación del Ministerio Público, entre los múltiples objetivos que la reforma procesal penal tuvo desde sus inicios, se encontró siempre presente la eficiencia en la investigación y juzgamiento de los delitos. Este objetivo se tradujo en varios cambios concretos en la legislación: la separación de la función de investigar de la de juzgar, pasando la primera a manos del Ministerio Público; la reestructuración y fortalecimiento del Ministerio Público para estar a la altura de la misión que se le encargaba con la reforma; la separación (no siempre normativa, pero sí presente en la práctica) entre, al menos, dos tipos de actuaciones del Ministerio Público: la propia de la flagrancia y la requerida para investigaciones penales.

En lo que respecta al trabajo de flagrancia, ha existido en los Ministerios Públicos de la región una creciente actividad: creación de unidades específicas para trabajar el tema; establecimiento de protocolos uniformes de trabajo; tendencia a diferenciar el tratamiento procedimental de este tipo de delitos. Muchas de estas experiencias se encuentran hoy documentadas y permiten afirmar que la flagrancia es un tema presente en la agenda de los Ministerios Públicos.

No sucede lo mismo con los delitos que requieren cierto grado de investigación - entre los que se encuentran homicidios, secuestros, delitos contra la administración pública (corrupción), trata de personas, crimen organizado transnacional-. La información sobre el tratamiento de estos delitos y la preocupación organizacional de los Ministerios Públicos al respecto es uno de los temas pendientes en su rendición de cuentas a la sociedad.

Esta situación contrasta con las continuas demandas de seguridad ciudadana provenientes de diversos sectores de la sociedad que, ante el silencio de los órganos responsables de la investigación y persecución de los delitos, peticionan constantemente por medidas coyunturales que generan innumerables reformas a los Códigos Penales y Procesales Penales en los países de la región.

Estas son las razones que han llevado a que gran parte del número de Sistemas Judiciales esté enfocado a indagar sobre la situación de varios Ministerios Públicos de la región en el tratamiento de este tipo de delitos.

Desde distintas perspectivas, ajustadas a las necesidades de la realidad local, el número presenta varios artículos sobre la temática.

El abogado chileno Ricardo Lillo presenta el artículo *Desafíos para la investigación y persecución penal de los delitos complejos en países de las Américas*, en el que se presenta un panorama comparado de la situación de los Ministerios Públicos de la región en relación con su actuación en delitos que requieren investigación. Resultan relevantes las herramientas o procesos de trabajo implementados para dar adecuada y eficiente respuesta a raíz del impacto y complejidad investigativa que conllevan, así como por su relevancia en la medición de la calidad sustantiva en el trabajo de los Ministerios Públicos.

En el caso de Chile, Mauricio Duce presenta su ponencia *Desafíos en la persecución de delitos comunes en Chile: reflexiones a partir de una investigación empírica*, donde se delinean los principales problemas vigentes en el Ministerio Público de Chile a partir del análisis de datos empíricos.

El trabajo se divide en dos secciones: en la primera, se informan los hallazgos significativos y que se consideran problemas vigentes en Chile para la persecución penal de los delitos comunes: inexistencia de una política de persecución penal, el excesivo énfasis en las metas cuantitativas y el problema del tratamiento de la habitualidad.

En la segunda parte, se presentan antecedentes empíricos actualizados sobre el funcionamiento del sistema en Chile y las reflexiones acerca de los desafíos actuales que el Ministerio Público chileno debe enfrentar, esto es: el problema del método de persecución penal, el problema del tratamiento de la víctimas y problemas derivados de la pérdida de eficacia de metas e indicadores; puesto que aún es posible pensar que los resultados podrían ser mejores.

En el caso de Argentina, Luciano Hazan en *La investigación y la persecución de delitos de alta connotación social en Argentina*, presenta un análisis sobre la actuación del Ministerio Público Federal a partir del tratamiento de cierto tipo de delitos: homicidios, corrupción, secuestros extorsivos y delitos de lesa humanidad. El autor describe los distintos mecanismos de trabajo que el MPF ha desarrollado para la persecución de estos delitos a la vez que indica las principales problemáticas que se identifican en la institución.

Mildred Hartmann Arboleda presenta el caso colombiano en el artículo *La capacidad del sistema judicial colombiano para dar resultados en delitos de connotación social*. La autora ofrece información sobre homicidios, secuestros, extorsiones y delitos vinculados a corrupción buscando encontrar las causas por las que este tipo de delitos se estancan en el sistema o finalizan sin condenas efectivas. Concluye que, al igual que sucede con los delitos comunes, existiría un alto número de delitos de connotación social pendientes de una decisión o finalizados sin condena. Dado que, desde el punto de vista de la gestión del sistema, como desde la legitimación del mismo frente a la ciudadanía, es claro que el sistema sólo responde y condena los delitos que implican flagrancia.

La situación de Guatemala se presenta por Evelyn Díaz en *Estado de situación del Ministerio Público en Guatemala: valoraciones críticas y desafíos*, donde puede observarse la actual situación del Ministerio Público y los desafíos que implica pasar de un modelo de organización refleja al de los antiguos tribunales de instrucción, a un modelo orientado a la finalidad del Ministerio Público y la necesidad de brindar una respuesta social en aquellos delitos que son considerados de connotación y requieren efectiva investigación.

En lo referido a los desafíos actuales del Poder Judicial presentamos tres trabajos sobre la temática.

En primer lugar Alberto M. Binder presenta el informe *¿Cómo y sobre qué debe rendir cuentas el sistema judicial?* que describe los tópicos esenciales, tanto desde un punto de vista de diseño como de funcionamiento organizacional práctico de la obligación institucional de los órganos integrantes del sistema de administración de justicia de rendir cuentas a la sociedad.

Explica su autor que el sistema judicial debe rendir cuentas sobre una multiplicidad de áreas que todavía deben ser discernidas y desarrolladas con mayor claridad en las prácticas actuales de las instituciones judiciales. Ello obliga a diferenciaciones ineludibles: primero, entre tipo de organizaciones judiciales y para-judiciales (Tribunales, Fiscalías, Defensorías, etc.); luego entre funciones, que giran alrededor de lo jurisdiccional, el gobierno y la administración, como áreas de trabajo diferentes, sometidas a reglas especiales; tercero, entre actores sociales y políticos también diferentes, cada uno con características que obligan a construir diálogos diferentes. Por tanto, la rendición de cuentas obliga a *construir transparencia*, no como un simple estado de disponibilidad de información sino como una forma específica de *diálogo social y político*. No

alcanza, en consecuencia, con “abrir las puertas del sistema judicial” sino que esa transparencia obliga un activismo del sistema judicial para rendir cuentas.

Finalmente, se presenta el artículo de Lorne Sossin, de la Faculty of Law, University of Toronto, denominado *Action-Learning Program on Judicial Transparency and Accountability in LCR “How can greater judicial integrity be achieved?”*.

En un marco más general, se presenta, el informe *La implementación de programas de RAC en sectores de justicia en desarrollo: Estudios de caso y lecciones aprendidas* realizado por William E. Davis y Razili K. Datta.

La revista en su formato virtual, en [www.sistemasjudiciales.org](http://www.sistemasjudiciales.org) presenta a los lectores interesados material complementario, foros de discusión y acceso a secciones de audio y lectura con entrevistas a operadores de distintos países de la región que relatan aspectos locales sobre el estado de la investigación criminal en su país.

Como nuestros lectores saben, una de las razones por las que optamos por realizar la revista en un formato virtual, es la enorme posibilidad de interacción que las nuevas tecnologías y las distintas herramientas que nos presentan, posibilitan entre los lectores y los realizadores de Sistemas Judiciales. Por ello es que seguimos explorando la incorporación de mecanismos que nos den la oportunidad de potenciar esas posibilidades, recibir comentarios, sugerencias, propuestas de temas a trabajar, etc. Quedan todos invitados a participar en este tipo de iniciativas.

Equipo editorial  
de *Sistemas Judiciales*

Ricardo Lillo L.

Centro de Estudios de Justicia de las Américas.  
[ricardo.lillo@cejamericas.org](mailto:ricardo.lillo@cejamericas.org)

# Comentarios al Informe para Chile “Desafíos para la investigación y persecución penal de los delitos complejos en países de las Américas”

Estas líneas se basan en el informe sobre la situación de Chile en el contexto del proyecto de CEJA sobre Desafíos para la Investigación y Persecución Penal de los Delitos Complejos en países de las Américas, capítulo desarrollado por el abogado y ex fiscal del Ministerio Público chileno, Rodrigo de la Barra<sup>1</sup>. Para su desarrollo, adicionalmente se ha utilizado la presentación del abogado, y también ex fiscal del Ministerio Público chileno, Vinko Fodich, realizada en el seminario “Actuales desafíos para el Ministerio Público en la Persecución Penal”, llevado a cabo el martes 27 de julio de 2010 en los salones de ICARE, quien expuso y comentó el citado informe<sup>2</sup>.

La idea es dar una descripción de los principales temas y hallazgos expuestos por el investigador en materia de delitos catalogados como complejos y su tratamiento en Chile, desde el intento por conceptualizarlos hasta los problemas y desafíos que enfrentan los organismos involucrados en su persecución penal.

De esta manera, la idea es poder ir nombrando cada uno de estos puntos que nos gustaría destacar y desde allí ir desarrollando estos comentarios.

Previo a esto, y para que el lector pueda tener una idea de contexto, creemos necesario señalar que el modelo procesal penal vigente en Chile se inició, formalmente, en el año 2000 con la entrada en vigor del Código Procesal Penal, que culminó un proceso complejo de reforma al sistema inquisitivo existente hasta ese momento (y hasta nuestros días para las causas cuyos hechos son anteriores a la entrada en vigencia del nuevo sistema), por uno de corte acusatorio y adversarial mediante una implementación gradual en las diversas regiones del país hasta el año 2005, cuando entró a regir en la totalidad del país.

Uno de los ejes de dicha reforma fue la creación del Ministerio Público como órgano autónomo a cargo del ejercicio de las funciones de investigación y ejercicio de la acción penal. Este organismo, tal como es señalado por el autor del comentado informe, se estructura territorialmente en 18 Fiscalías regionales a lo largo del país, cada una de las cuales es dirigida por un fiscal regional y un equipo directivo. En cada región hay Fiscalías locales, que son las unidades operativas de las Fiscalías regionales, y están compuestas por fiscales adjuntos, ayudantes de fiscal, y otros profesionales, como psicólogos y asistentes sociales; técnicos y administrativos. Para dar una idea del nivel de trabajo, en el año 2009 ingresaron 1 millón 276 mil 296 causas, lo

<sup>1</sup> La metodología de este informe consideró tanto el análisis cuantitativo de los datos disponibles como estudios de casos y entrevistas a los actores involucrados del sistema.

<sup>2</sup> Este seminario fue organizado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas, la Fundación Paz Ciudadana y el Ministerio Público de Chile. Su objetivo fue analizar y discutir sobre los aspectos problemáticos y desafíos de la persecución penal en delitos comunes y también en delitos de alta connotación social.

que significó un aumento real de un 5,1% respecto del período anterior, tramitándose y terminándose 1 millón 373 mil 474 denuncias, lo que equivale a un 7,6% más del ingreso anual<sup>3</sup>.

### Definición y caracterización de los delitos complejos dentro del sistema

- *Falta la definición de lo que entendemos por delito complejo. Sin embargo, hay una conciencia bastante homogénea entre los operadores, en la práctica, de cuándo están frente a uno.*

Una primera afirmación que resulta destacable de este estudio, es que si bien no existe una definición institucional, un concepto que nos permita identificar cuando estamos frente a un delito complejo, esto es, y tal como es descrito por el autor, a "...aquellos que exigen y exponen la capacidad instalada del sistema de administración de justicia penal, considerado como un todo, por la gravedad, impacto social o alcance en sus efectos...". Por el contrario, sí existe una conciencia bastante homogénea entre los operadores en cuanto a cuándo están frente a uno de estos casos en la práctica.

Las características o factores, que permitirían esta determinación práctica dicen relación con la **gravedad** del hecho, su **repercusión mediática** y la **condición de los intervinientes**, sean tanto víctimas como imputados.

- *Hay un intento de ubicar estos delitos dentro del universo de casos investigados.*

Dentro de este intento de caracterizar los delitos complejos, es necesario señalar que cualquier hecho delictual que reúna dichas características podría llegar a considerarse como un delito complejo. Sin embargo, para efectos del estudio, se destacan algunos tipos de delitos investigados por el Ministerio Público, que con mayor frecuencia presentarán estas características y que por lo mismo, pueden ayudar a cuantificar los delitos complejos dentro del universo de casos, aunque hacerlo de manera específica no sea posible. Estos serían aquellos relacionados con robos violentos, homicidios, delitos sexuales y contra la libertad e intimidad, drogas, delitos económicos realizados por funcionarios públicos y contra la fe pública, y algunos contenidos en leyes especiales.

Ante este panorama, el autor analiza aquella información estadística en manos del Ministerio Público por ser el ente que centraliza la recepción de todas las denuncias y la posterior judicialización de los hechos ilícitos perseguidos penalmente.

De esta manera, en el estudio se destaca el hecho que del total de ingresos registrados por delito, aquellos señalados con anterioridad, ocupan una porción muy menor dentro del universo de casos ingresados.

### Porcentaje de casos por tipo de delito según el Ministerio Público (2008)<sup>4</sup>

Categoría de delito	Porcentaje
Robos	30,9%
Robos no violentos	10,2%
Hurtos	6,3%
Otros delitos contra la propiedad	2,5%
Lesiones	4,8%
Homicidios	5,1%
Delitos sexuales	10,5%
Contra la libertad e intimidad	2,7%
Faltas	0,6%
Delitos ley de tránsito	0,9%
Delitos ley de drogas	13,0%
Delitos económicos	2,3%
Delitos funcionarios	0,3%
Delitos de leyes especiales	2,8%
Delitos contra la fe pública	0,7%
Cuasidelitos	0,5%
Otros delitos	5,8%
<b>Total</b>	<b>100%</b>

Fuente: Anuario Estadístico Ministerio Público 2008

De esta manera, aunque se considerara a todos estos delitos como complejos, estos representarían una participación bastante baja del total de ingresos. De hecho, así considerados en abstracto, no representan más que el 37,4%. Sin embargo, la cantidad que dentro de cada uno de estos reúnan las características señaladas para considerarlos como complejos es incierta, aunque seguramente será menor al porcentaje señalado.

<sup>3</sup> Información disponible en: <http://www.fiscalia-dechile.cl/>. Visitada por última vez el 17 de diciembre de 2010.

<sup>4</sup> Los datos del estudio no son los más actualizados. Sin embargo, se utilizan aquí ya que son ellos con los cuales el autor sacó sus conclusiones. Datos más recientes pueden ser encontrados en el sitio Web del Ministerio Público chileno: <http://www.fiscalia-dechile.cl/>. Visitado por última vez el 15 de diciembre de 2010.

- *A pesar de lo anterior, esta institución destina gran parte de sus recursos humanos en su investigación y tramitación a través un criterio de especialización.*

En este punto el autor llega a una conclusión, y es que en todo caso lo que podría establecerse es que pese a no existir una definición formal por parte de las agencias investigativas de lo que es concretamente un delito complejo, se destaca el hecho de que el Ministerio Público destina gran parte de sus recursos humanos en la investigación y tramitación de determinados delitos, empleando un criterio de especialización. De esta manera, coloca como ejemplo el caso de los delitos económicos, funcionarios y contra la fe pública, en que si bien para el año 2008 su participación no excedía el 6%, concentraron un porcentaje de entre un 15 y un 25% de los fiscales en algunas Fiscalías locales y regionales, lo que sin duda "...constituye una decisión político criminal que si bien no ha sido explicitada resulta evidente".

De esta manera, se nota una preocupación especial por determinadas categorías de delitos para las cuales se han establecido criterios de especialización creando unidades de investigación específica (como por ejemplo la de delitos funcionarios).

- *La complejidad investigativa no es un factor clave a la hora de caracterizar a un delito como complejo.*

El autor destaca el hecho de que la complejidad técnica en la investigación de un determinado delito no es en todos los casos el factor clave a la hora de determinar la complejidad o no de un delito, sino que muchas veces son más bien otras circunstancias, incluso extrajurídicas como la presión mediática, las que influyen de manera relevante para considerar un delito como complejo<sup>5</sup>.

Ejemplo de lo anterior puede señalarse respecto de aquellos delitos cuya investigación comienza con "imputado conocido" como dato inicial.

Casos con imputado conocido y desconocido por tipo de delitos y su relación porcentual (2008)

	Imputado Conocido	% IC	Imputado Desconocido	% ID	Total
<b>Robos</b>	15.515	16,6%	77.875	83,5	<b>83,5%</b>
<b>Homicidios</b>	1.266	87,4%	182	12,6%	<b>1.448</b>
<b>Delitos sexuales</b>	11.333	62,0%	6.958	38,0%	<b>18.291</b>
<b>Contra la lib. e intimidad</b>	99.284	63,9%	56.179	36,1%	<b>155.463</b>
<b>Delitos ley de drogas</b>	12.413	76,2%	3.882	23,8%	<b>16.295</b>
<b>Delitos económicos</b>	24.514	62,0%	15.005	38,0%	<b>39.519</b>
<b>Delitos funcionarios</b>	590	50,6%	575	49,4%	<b>1.165</b>
<b>Delitos contra la fe pública</b>	3.284	67,5%	1.580	32,5%	<b>4.864</b>

Fuente: Anuario Estadístico Ministerio Público 2008

5 Al respecto, el ex fiscal Vinko Fodic en el seminario antes citado, destacó la necesidad de profundizar el concepto al distinguir entre delitos complejos y de alta complejidad. Así, sería necesario, del carácter genérico de complejo, dividir estos en dos subgrupos. Primero, aquellos señalados en el informe, y luego, en delitos de alta complejidad, donde lo relevante no sería tanto el impacto público o mediático del caso, sino la complejidad investigativa o en esencia del delito complejo. Para el abordaje de este último tipo de casos, se propone la creación de una Fiscalía especializada de delitos de alta complejidad con carácter supra territorial y operativo.



De esta manera, utilizando los mismos delitos destacados con anterioridad como aquellos que por sus características particulares pueden reunir con mayor facilidad los requisitos necesarios para considerarlos como complejos, vemos que en su mayoría comienzan con imputado conocido.

En este punto, el autor destaca el hecho del homicidio, donde la investigación se plantea más como una actividad de confirmación que de esclarecimiento, al comenzar un 87,4% del total con imputado conocido, y algo similar ocurriría con los delitos económicos y funcionarios, donde la mayoría también comienzan con imputado conocido. Distinto es el caso del robo el cual como se señala, “impone al sistema de investigación mayor ‘complejidad’ objetiva y criminalística que el homicidio, a lo menos desde esta óptica inicial acerca del cómo direccionar una investigación penal”.

### Algunas características particulares que los diferencian de los delitos comunes

- *Los delitos complejos no ingresarían a la tramitación masiva y burocratizada de que son objeto los comunes, por el contrario, respecto de ellos operaría un criterio de especialización.*

A este punto, vale la pena recordar que el sistema procesal chileno se basa en un modelo acusatorio con un Ministerio Público autónomo del órgano jurisdiccional en cuanto a las funciones de investigación de los hechos que revisten el carácter de ilícito penal. Organizacionalmente, la principal característica, tal como lo señala el autor, es “... la falta de una estructura definida y homogénea a nivel nacional”, ya que bajo la Fiscalía Nacional, cada Fiscalía regional o local se organiza, tanto en cuanto a su estructura como a su funcionamiento, de forma autónoma. Sin perjuicio de ello, y relacionado al asunto acerca de cómo son tramitados estos casos, es posible observar una tendencia que dice relación con la creación de Fiscalías especializadas por materia o delito, esquema que se ha ido imponiendo y generalizando por sobre la división territorial.

Bajo esta estructura diversa, las distintas Fiscalías comparten como característica común el hecho de que suelen coexistir, básicamente, dos tipos de tramitación: una de carácter más rutinario y masivo para la generalidad de los casos ingresados; y por otro lado se organiza el trabajo en unidades especializadas para cierto tipo de delitos según el énfasis de cada ilícito y la realidad de cada división regional.

Tal como se enuncia, la principal diferencia destacada en el informe en cuanto a la tramitación

de delitos complejos respecto del resto de casos ingresados o “casos normales”, es que los primeros no ingresarían a la tramitación masiva y burocratizada de que son objeto los segundos, por el contrario, respecto de ellos operaría un criterio de especialización que es posible identificar en dos sentidos.

En primer lugar, de forma orgánica, dentro del universo de casos que ingresan, por supuesto que habrán hechos ilícitos de las más diversas materias, entre las cuales, si algún hecho ilícito cae dentro de la competencia de las denominadas unidades especializadas, operará un primer nivel de especialización. Este filtro dependerá de las definiciones estructurales que se hagan a nivel de Fiscalías regionales, y quien determinará el ingreso de estas causas a las unidades especializadas será el fiscal jefe. Luego, ingrese o no a una unidad especializada, si adquiere el carácter de delito complejo según los factores antes expuestos, **el sistema tiende a la personalización de la investigación del delito complejo**, donde en suma, se saltará la tramitación habitual y burocratizada del resto de los casos. Nuevamente, el filtro clave está dado por la existencia del fiscal jefe, encargado por reglamento de la asignación de casos. De esta manera, se constata la **inexistencia de protocolos o de alguna regulación estándar** en cuanto al ingreso y tramitación en estos casos, sino que “...la opción por la personalización temprana parece ser la alternativa que a los ojos del sistema entrega mayor garantía de indagación”.

Además de este criterio operativo o funcional, se enuncian dos criterios normativos que podrían influir a la hora de la asignación y tramitación de un delito complejo. El primero de ellos es el artículo 18 de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público que permite al propio fiscal nacional asumir la investigación de un caso de acuerdo a la investidura de los involucrados, con el objeto de proteger la independencia y autonomía de la institución. Sin embargo, tal como lo señala el autor, esa facultad nunca ha sido ejercida. Es más, un aspecto destacado en el informe es la inexistencia de la variable política o de presiones políticas para tomar decisiones en uno u otro sentido. Un segundo criterio normativo, estaría dado por el artículo 19 de la misma ley, el cual permite que el fiscal nacional asigne un caso al fiscal regional si es que reviste cierta gravedad o complejidad investigativa. Al contrario del primer criterio normativo, esta norma sí ha sido utilizada en varias ocasiones, en casos en que como lo señala el informe, “...ha respondido a criterios más bien mediáticos o de impacto público, relacionados a hechos de cierta conmoción, persistencia o investidura de las partes”, y a su vez, ha llevado a que se aplique en un segundo nivel,

permitiendo que dentro de cada Fiscalía regional se designen a fiscales de dedicación exclusiva o preferente respecto de ciertos casos que si bien no siempre son complejos, adquieren cierta connotación en la agenda mediática o institucional. Esto permite constatar la caracterización práctica que se ha hecho de la noción de delito complejo.

En conclusión, y tal como lo destaca el autor, “...la estrategia para abordar los casos complejos se resume básicamente en la personalización de la tramitación más que en la operatoria de protocolos o esquemas especiales de indagación técnicamente definidos a priori”.

- *Mayor presencia de la estructura de control jerárquico que en casos normales, un mayor involucramiento del fiscal y una mayor fluidez en la relación entre fiscales y policías.*

Luego, respecto de la manera en que es llevada a cabo la investigación en estos casos, si bien no existen directrices o protocolos investigativos claros y transparentes en esta materia, sí es posible observar, en la práctica, **mayor presencia de la estructura de control jerárquico que en casos normales**, al menos a nivel de cada Fiscalía regional. Relativo a lo anterior, se ha establecido la figura del abogado asesor del fiscal regional, quien participa activamente en la práctica y definición de las diligencias investigativas producto de la relevancia que toman estos casos.

Además de lo anterior, **el nivel de involucramiento del fiscal sería mayor** en este tipo de casos que en los casos normales (lo que también podría producirse por el nivel de especialización del delito). Por último, y en relación a lo anterior y a la intervención mediática, sería posible observar una disminución en el factor tiempo para el esclarecimiento y captura en estos casos, así como una **mayor fluidez en la relación de fiscales y policías**, mas no en la etapa judicializada, como también, respecto de la seguridad personal de los fiscales hay una mayor exposición de estos.

- *Mayor exigencia de recursos y la necesidad de manejar grandes volúmenes de información.*

Otra de las características que inciden en la investigación de este tipo de casos dicen relación con los recursos que **resultan necesarios para el esclarecimiento de este tipo de hechos**, tanto la disponibilidad de recursos humanos como tecnológicos a nivel policial, y a nivel de Fiscalías, el acceso, en el caso de Chile, al equipo asesor del fiscal regional, a la realización de pericias privadas y a los equipos de soporte especializado de víctimas y testigos, así

como de todos los medios necesarios para la presentación de evidencia en juicio oral. Luego, destaca el autor la **necesidad de manejar grandes flujos de información**, especialmente en casos de delitos de carácter económico y en aquellos relativos a la corrupción, y el hecho de que en estos casos, las diligencias, como declaraciones, inspecciones en terreno, y las vocerías, son en general realizadas personalmente por el propio fiscal y no por otro personal mediante delegación, en otras palabras.

### Algunos problemas/desafíos destacados en el informe

- *Se constata la inexistencia de protocolos o de alguna regulación estándar en cuanto al ingreso y tramitación en estos casos.*

Tal como se ha venido señalando, el principal hallazgo destacado por el autor resulta el hecho de que **no existen para los casos complejos estándares o protocolos de actuación, salvo la opción del sistema por la personalización del caso en manos de un fiscal**, tanto en cuanto a su ingreso y tramitación como a las diligencias investigativas a realizarse, que dependerán, por lo tanto, en gran medida de las decisiones particulares que tome el funcionario para la acreditación del hecho y sus participantes. Esto, según el autor, crearía una sensación de soledad en que quedaría el fiscal frente a impacto público que generan estos casos, proponiendo como solución la conformación de equipos de trabajo.

Sin embargo, resulta importante destacar las **excepciones** a esta situación que desarrolla el autor. Por un lado, lo que ocurre con el **delito de homicidio**, respecto del cual existe un procedimiento más o menos estándar que realiza la unidad especializada de la Policía de Investigaciones en este tipo de casos de manera rutinaria y generalizada. Tanto así, que el fiscal no requiere estar pendiente u ordenar las pericias iniciales, pues esta unidad participa de manera bastante activa desde esta etapa. A pesar de lo anterior, esto no quiere decir que esta suerte de estandarización resulte en un trabajo coordinado, pues todas las pericias tomadas por parte de esta unidad no son entregadas al fiscal de forma integrada con las posibles líneas investigativas a seguir, produciéndose una brecha, como lo señala el autor, entre lo policial y lo pericial, las que tienden a correr por caminos paralelos más que ponerse una al servicio de la otra. Respecto de este punto, lo que se lamenta en el informe, es que esta actividad investigativa inicial de la Policía de Investigaciones no supone necesariamente una verdadera coordinación o una integración de las experticias para que vayan

encaminadas o direccionadas en una línea investigativa en el informe que es entregado al fiscal a cargo, sino que por el contrario, la información que se entrega es a través de reportes independientes en cuanto a sus hallazgos.

La **segunda excepción** destacada es el caso del delito de lavado de dinero, donde se han realizado esfuerzos importantes por crear esquemas y estándares claros para la investigación de estos delitos que se reflejan en la creación de una unidad dependiente de la Fiscalía Nacional, especializada en materia de delitos económicos y crimen organizado, la cual ha actuado activamente apoyando a las Fiscalías locales en la persecución de los ilícitos relacionados, "...estableciendo hitos o requisitos de suficiencia investigativa para este tipo de hechos con resultados relevantes que exhibir", observando de esta manera, que en este caso existió una decisión de política de persecución explícita basada en la recolección de buenas prácticas más que en un modelo impositivo hacia las unidades regionales.

- *Falta de coherencia entre la connotación social de estos delitos y la respuesta que a ellos está entregando el sistema, incentivos para la negociación.*

Ya sea porque el hecho delictual no llega a juicio oral por la utilización de la negociación por parte del Ministerio Público, donde es posible que el ilícito sea conocido en una alternativa procesal distinta al juicio oral, o ya sea porque la penalidad en abstracto del delito es menor a 5 años (en Chile los delitos sancionados con más de 5 años de cárcel deberían ser llevados a juicio oral), es que es posible concluir que la caracterización de un delito de complejo, tal como lo señala el autor, "...no necesariamente dice relación con la gravedad o connotación del hecho, como tampoco con las alternativas procesales que conlleva su enjuiciamiento". En relación a esto, se coloca una voz de alerta en cuanto a la **falta de coherencia entre esta consecuencia y cualquier pretensión de prevención general, y más bien, de legitimación, del sistema de justicia penal.**

Para esto, el autor pone el acento en que no existe una relación directa entre el delito complejo y la respuesta del sistema de justicia penal de mayor calidad, la sentencia en un juicio oral en lo penal. Para exhibir esta característica, el autor nuevamente recurre a ciertos tipos de delitos que por sus características, podrían revestir el carácter de complejo. En ellos, la cantidad que llegan a juicio oral es bastante reducida. A continuación, algunos de los datos que exhibe el estudio, y que son bastante claros por sí mismos en cuanto a esta característica:

#### Número de juicios orales por tipo de delito y su relación porcentual (2008)

Categoría de delito	Total casos	Total
Robos	2.838	30,9%
Homicidios	467	5,1%
Delitos sexuales	962	10,5%
Contra la lib. e intimidad	248	2,7%
Delitos ley de drogas	1.197	13,0%
Delitos económicos	212	2,3%
Delitos funcionarios	25	0,3%
Delitos contra la fe pública	65	0,7%

Fuente: Anuario Estadístico Ministerio Público 2008

Relativo a este tipo de casos, en el informe en cuestión se coloca el ejemplo de la persecución de delitos económicos como la corrupción, los cuales, por las penas asignadas a este tipo de delitos, permiten fácilmente la utilización de medidas alternativas a la privación de libertad, lo que junto con otros factores, como la relevancia de la prueba testimonial en este tipo de casos, operan como un incentivo para la amplia utilización de la negociación. Así, el autor destaca mediante entrevistas a actores del sistema, que se ofrecen penas rebajadas o derechamente salidas alternativas como forma de lograr el esclarecimiento de estos casos y así evitar largas investigaciones que de todas maneras difícilmente obtendrán una respuesta de mayor calidad por parte del sistema.

- *Problemas de información.*

El autor destaca que existe una total falta de uniformidad en cuanto a las unidades de medición, datos y estadísticas, entre los diversos organismos que componen el sistema penal. De esta manera, se constata un hallazgo fundamental, una problemática del sistema a la hora de formular una política en materia de persecución de delitos complejos, y es que existe una total falta de uniformidad en cuanto a las unidades de medición, datos y estadísticas, entre los diversos organismos que componen el sistema penal. En otras palabras, si bien los diversos actores levantan o producen información estadística sobre los hechos de que conocen, esta es producida de forma y bajo criterios absolutamente independientes, lo que hace que los datos sean incompatibles entre sí. Esto trae como consecuencia un desconocimiento sobre el impacto real de los delitos complejos dentro del universo de casos.

Ante este panorama, el autor analiza aquella información estadística en manos del Ministerio Público por ser el ente que centraliza la recepción de todas las denuncias y la posterior judicialización de los hechos ilícitos perseguidos penalmente. ■

## Mildred Hartmann Arboleda

Abogada penalista, profesora de Argumentación Penal en la Universidad de los Andes, y de Derecho Procesal Penal en la Universidad Jorge Tadeo Lozano. Corredora del Anteproyecto de Código de Procedimiento Penal, ex Directora de Programas del Centro de Estudios de Justicia de las Américas.  
mildred@hartmannortiz.com

Co-investigador:  
Camilo Alberto Ortiz Jaramillo  
Asistente de Investigación:  
Camila Cortés Daza

# La capacidad del sistema judicial colombiano para dar resultados en delitos de connotación social

## I. Introducción

Desde el inicio de la entrada en vigencia del sistema acusatorio ha sido muy notoria su capacidad para producir resultados en casos de flagrancia. Incluso ha podido arrojar cifras bastante masivas en los casos de preacuerdos y negociaciones de pena. En cambio, existe la percepción de que no ha sido igualmente fructífero en la producción de resultados en casos que requieren algún nivel de investigación. Acerca de este panorama general, hay dos aspectos dignos de mencionarse. El primero de ellos es un logro en la instalación del sistema. En algunos países de la región, la entrada en vigencia del sistema acusatorio no ha estado acompañada de la utilización de nuevas vías de salida, las que divergen del sistema antiguo. Es decir, es un desafío del sistema acusatorio que la Fiscalía efectivamente utilice las diversas salidas previstas legalmente, en lugar de seguir tramitando todo tipo de caso con el mismo procedimiento, como se hacía en el sistema antiguo. En síntesis, el hecho de que el sistema arroje más resultados precisamente en las salidas novedosas, como la flagrancia y los preacuerdos y negociaciones, es un indicador importante de instalación del nuevo modelo en Colombia.

Ahora bien, el Centro de Estudios de Justicia de las Américas ha iniciado una investigación en varios países de la región con el objeto de estudiar la capacidad del sistema para responder a los delitos que se consideran de connotación social. Con ello se

pretende evaluar si la nueva justicia da respuestas a los delitos que la ciudadanía considera importantes. En Colombia, tanto desde el punto de vista de la gestión del sistema, como desde el de la legitimación del mismo frente a la ciudadanía, es claro a esta altura que el sistema responde y condena los delitos que implican flagrancia. Nos preguntamos qué ocurre entonces con delitos de mayor gravedad, delitos de mayor connotación social, aquéllos que le indican a la ciudadanía si el Estado los defiende de los crímenes de gravedad que afectan a la sociedad.

¿Cuáles son estos delitos? Hemos intentado establecer cuáles son los delitos que, sin ser delitos de la cotidianidad (como son las flagrancias en general), se utilizan como indicadores de la vigencia del orden jurídico. Es decir, la pregunta que nos formulamos fue qué delitos se pueden tomar como indicativos de que existe un sistema judicial que monopoliza la fuerza y aplica sanciones para las conductas más graves que cometen los ciudadanos en afectación a los bienes jurídicos más importantes.

Elegimos, por una parte, los **homicidios**, bajo la consideración de que resulta emblemático como delito grave, en la medida en que todos los indicadores y barómetros de vigencia de la ley consideran como un indicador la cantidad de homicidios que se cometen en un país. En segundo lugar, nuestro país lamentablemente se ha caracterizado desde hace muchos años por tener un índice muy alto de **secuestros extorsivos** y de **extorsión**, debido al conflicto armado.

Por otra parte, en Colombia usualmente se presentan escándalos de corrupción referidos a dinero público, y en esos casos el sistema se ve presionado por los medios de comunicación para arrojar resultados en cuanto al descubrimiento de la verdad. En consecuencia, incluimos también como objeto de estudio los típicos delitos de corrupción, que en el caso de Colombia son el **peculado**<sup>1</sup>, el **cohecho**<sup>2</sup> y los delitos de celebración indebida de **contratos**<sup>3</sup>.

Nos hemos propuesto, entonces, adentrarnos en el análisis de la capacidad de respuesta del sistema penal colombiano, a partir de la entrada en vigencia de la reforma. En cuanto a la metodología abordada, el primer paso fue hacer un barrido sobre las cifras existentes en los delitos mencionados, no solamente ingresos y salidas de causas, sino cifras que permitan apreciar cuál es el avance de la mayoría de los casos. Una vez que dispusimos de la información cuantitativa que puede conseguirse, formulamos las hipótesis básicas que las cifras nos indican, y con ellas en mano, diseñamos la muestra de personas a entrevistar. Dentro de los funcionarios y expertos que conocemos se interesan por estos temas, decidimos entrevistar a veintitrés investigadores, seis fiscales, tres jueces, cinco defensores y tres expertos, para proponerles los temas de la forma más abierta y poder comparar sus percepciones con las cifras. Durante el curso de esta tarea, visitamos alrededor de quince despachos, pertenecientes a investigadores, fiscales y jueces. A partir de allí, nuestras propias observaciones y las de los expertos nos permitieron tener un cuadro básico del funcionamiento del sistema para estos delitos. Finalmente, intentamos agrupar la información en diversos temas, que componen el grueso del estudio.

Con el objeto de que el lector pueda seguir el mismo camino, hemos iniciado la presentación de los resultados con el análisis cuantitativo, con el fin de establecer si efectivamente el sistema arroja poca respuesta frente a los delitos “de connotación” seleccionados. Posteriormente, y con el mapa cuantitativo claro, mostramos las categorías que se

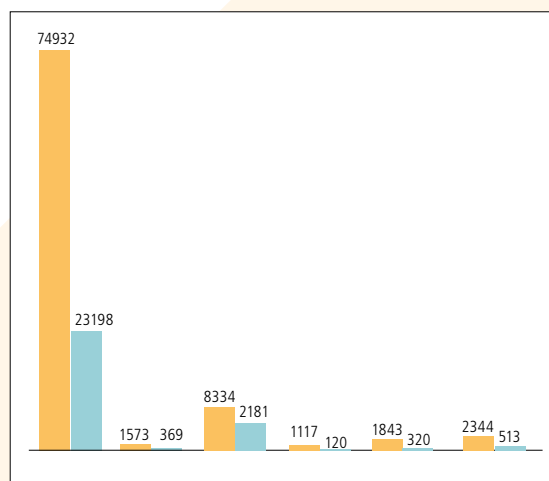
extraen de las cifras y las entrevistas con los actores y expertos. Estas explicaciones de los expertos las hemos agrupado en seis capítulos, y las mostramos en otro acápite que contiene la información cualitativa. Finalmente, anunciamos algunas conclusiones que hemos hallado en el estudio.

## II. Información cuantitativa

A continuación analizaremos el comportamiento cuantitativo del sistema, con el objetivo de estudiar las cifras que arroja la investigación y el juzgamiento de los delitos que hemos seleccionado, de conformidad con los criterios determinados en la introducción.

El primer aspecto que quisimos abordar fue el manejo de la carga de trabajo por parte de la Fiscalía. Resulta indispensable para el correcto funcionamiento de cualquier ciclo productivo, que los ingresos de carga de trabajo no superen los egresos. Si los superan, surge un tema digno de atención porque con el tiempo se empezará a represar el trabajo, y si los funcionarios no pueden evacuar, en un año, más de lo que ingresa, es evidente que la congestión será progresiva y la dificultad se hará cada vez mayor. Es así que el primer acercamiento debe ser analizar los ingresos y salidas de causas, para los delitos investigados, entre el año 2005 y hasta el 2008. Veamos:

Gráfico N° 1. Ingresos y salidas de causas para los delitos investigados 2005-2008



Fuente. Fiscalía General de la Nación  
\*Delitos de celebración indebida de contratos

El gráfico nos muestra que claramente entran muchos más casos de los que salen. Por supuesto, la calidad del sistema se medirá en el tipo de respuesta que le da a los casos que recibe, que es lo

- 1 En general, el peculado se trata de un servidor público que se apropia de bienes del Estado, en favor suyo o de un tercero. Cfr. artículos 397, 398 y 399 del Código Penal. En estos artículos están previstos los peculados cuyas cifras se analizan en este estudio.
- 2 El cohecho se refiere a un servidor público y un particular que se ponen de acuerdo para que el servidor, a cambio de una remuneración, profiera un acto en ejercicio de sus funciones. Es un capítulo del Código Penal que se compone de los artículos 405 a 407 de dicho Código.
- 3 La celebración indebida de contratos también es un capítulo del Código Penal, que comprende los artículos 408 a 410, y penaliza a quienes celebran contratos violando el régimen de inhabilidades o incompatibilidades, omitiendo un requisito esencial o interesándose indebidamente en él.

que analizaremos a continuación. Por el momento, lo que podemos afirmar con el gráfico anterior es que el sistema no está otorgando respuesta a muchos casos. Los datos que se ven en este cuadro nos anuncian problemas de eficiencia. Analizaremos entonces qué tipo de respuestas componen la columna de salidas, para todos estos casos.

Desde el punto de vista de las promesas de la reforma procesal penal, los delitos de mayor impacto debieran formar parte de los casos que son llevados a juicio oral. Por este motivo, nuestro primer acercamiento consistió en buscar información sobre la cantidad de juicios orales que arrojan condenas en Colombia, de cara a la cantidad de casos ingresados para los delitos seleccionados, que por ser de los más graves, debieran terminar con alguna frecuencia por este tipo de salida. Éstas son las cifras:

**Cuadro N° 1. Casos ingresados al sistema vs. condenas en juicio oral para los delitos seleccionados**

	Entradas	Condenas en juicio oral	%
2005	5.945	17	0,29%
2006	18.425	31	0,17%
2007	28.528	71	0,25%
2008	36.349	48	0,13%

Fuente: Fiscalía General de la Nación

La primera observación que resulta relevante hacer es que las variaciones de año a año en la cantidad de ingresos de casos se explican por la implementación gradual de la reforma procesal penal. En el esquema diseñado por el Legislador, cada año, iniciando en el 2005, se extiende la vigencia del sistema acusatorio a más distritos judiciales, y finalmente en el año 2008 ingresaron los últimos distritos al sistema. Por eso las variaciones tan grandes en las cifras, entre un año y otro.

Las cifras demuestran con claridad que en ningún año el porcentaje de condenas en juicio oral llega siquiera al 0.3% de los casos ingresados. Esta cifra pareciera muy baja, sin embargo el sistema acusatorio no tiene como única salida de condena el juicio oral. También se prevé la posibilidad de lograr condenas mediante acuerdos o negociaciones entre la Fiscalía y el imputado. Veamos entonces el comportamiento de la totalidad de las condenas, sumando las obtenidas en juicio oral y las que son fruto de negociación o acuerdo, para estudiar en qué porcentaje de los casos que ingresan, la justicia penal arroja una condena contra el responsable.

**Cuadro N° 2. Entradas de casos vs. condenas para los delitos estudiados**

	Entradas	Todas las condenas	%
2005	5.945	726	12,21%
2006	18.425	1.794	9,74%
2007	28.528	3.061	10,73%
2008	36.349	2.578	7,09%

Fuente: Fiscalía General de la Nación

Como puede apreciarse, el sistema produce condenas para los delitos seleccionados en un promedio cercano al diez por ciento de los casos que recibe. Como hemos anticipado, no existe forma de saber si las cifras se encuentran afectadas por la larga duración de los procedimientos, o si se mantendrán así con vocación de permanencia. Se hace entonces necesario analizar de manera más específica la información que nos ha entregado la Fiscalía, empezando por estudiar cómo se desagrega la totalidad de salidas que produce la justicia penal en nuestro país.

**Cuadro N° 3. Salidas de casos por tipo, para los delitos de homicidio doloso, extorsión, secuestro extorsivo, cohecho, peculado y celebración indebida de contratos**

	Sentencias condenatorias	Sentencias absolutorias	Otras condenas	Principio oportunidad	Archivos
2005	17	42	374	22	904
2006	31	73	817	59	6.446
2007	71	77	1.116	67	8.620
2008	48	54	1.077	41	7.792

Fuente: Fiscalía General de la Nación, vía derecho de petición

En este cuadro varias cosas llaman la atención. Tal vez la que más salta a la vista es la baja cantidad de condenas conseguidas en juicio oral, como habíamos anticipado. Si bien no contamos con cifras de países anglosajones para comparar este dato, es posible afirmar que son bajas las condenas en juicio oral, en primer lugar, porque las absoluciones las superan ampliamente. En el año 2005, las condenas son menos de la mitad de las absoluciones. El año en que más se acercan las cifras es 2007, y en 2008 la diferencia es mucho menor que en 2005, pero lo cierto es que en todos los años los juicios orales arrojan más absueltos que condenados. Esto podría significar que los fiscales, a lo largo de la implementación del sistema, gracias a la experiencia en el litigio han aprendido a ganar más juicios orales.

Presentaremos a continuación las cifras de cada uno de los delitos seleccionados para estudiar el comportamiento del sistema. Iniciemos por los homicidios.

**Cuadro N° 4. Ingreso de casos y tipos de salida para el homicidio (doloso)**

	2005	2006	2007	2008
Casos ingresados	4.920	16.255	23.985	29.772
Aceptación total de cargos	16	55	79	89
Aceptación parcial de cargos	270	578	724	710
Principio de oportunidad	18	47	46	24
Archivo	535	5.770	7.457	6.584
Absolución juicio oral	35	63	51	24
Condena juicio oral	3	8	7	5

Fuente: Fiscalía General de la Nación, vía derecho de petición

Debemos iniciar por aclarar que, a pesar de que la gradualidad en la implementación no nos permite apreciarlo en el cuadro anterior, ha habido una disminución en los homicidios en el último quinquenio a nivel nacional, gracias a un plan del gobierno implementado con dicho objetivo. Las demás agencias estatales que recaudan información sobre los homicidios coinciden tanto en la existencia del plan, como en su impacto<sup>4</sup>. Esto explica que el aumento de año a año sea menor que lo que sugiere la expansión en la implementación del sistema acusatorio.

El primer comentario que queremos hacer en relación con las cifras se refiere a la cantidad de casos terminados. Ya en un primer informe<sup>5</sup> habíamos advertido la preocupante cifra de casos sin resolver. Para el año 2005, tenemos que de 4.920 casos ingresados, recibieron respuesta en ese año 877 casos, incluyendo los archivos. Es decir, salió el 17,8%. En dicho año (según fuentes no oficiales) la Fiscalía concluyó que salidas como el archivo se estaban utilizando con mucha timidez, y promovió una política para incentivar su aplicación. Por eso en el año 2006 la cifra de casos archivados es más de diez veces la de 2005. En dicho año, de 16.255 homicidios ingresados al sistema, se decidieron 6.521, es decir el 40,1%, cifra notablemente mayor. Sin embargo, cerca del 60% sigue sin respuesta,

sumando congestión de casos represados. En el año 2007, ingresaron 23.985 casos, y tuvieron respuesta 8.364, es decir el 34,9%, con lo cual el porcentaje de casos resueltos bajó. Finalmente, en 2008 ingresaron al sistema 29.772 casos y fueron decididos 7.436, que representan el 25%. Podemos entonces afirmar que si bien de 2005 a 2006 el sistema generó aprendizajes y promovió soluciones, a partir de dicho año el porcentaje de casos que se decide desciende progresivamente (del 40% en 2006, al 25% en 2008). Este desarrollo es digno de atención, porque indica necesariamente un crecimiento en la congestión.

Más preocupante aún resulta analizar el porcentaje de casos que tuvieron una salida en la cual alguien resultó condenado<sup>6</sup>. La suma de los casos en que hubo condena de cualquier clase para el año 2005 (289 casos), representa el 5,87% de los ingresos por homicidio. Para el año 2006, este porcentaje desciende al 3,94%, en 2007 es del 3,38% y en 2008 es del 2,7% de los casos ingresados. Es fácil percibir que las salidas que implican condena han descendido progresivamente, y en el último año la cantidad porcentual de condena frente a los casos ingresados es la mitad que en el primer año analizado.

Podría pensarse que hay algún interés institucional en aumentar la cantidad de casos que se deciden, esto es, en disminuir la cantidad de casos represados sin respuesta alguna. La multiplicación en el uso de los archivos revelaría algún interés de la Fiscalía en empezar a controlar la cifra de casos sin salida alguna. Por el contrario, las cifras no reflejan cambios en la ínfima cantidad de condenas obtenidas en juicio oral. Tampoco se aprecia evolución en el hecho de que, en todos los años, las absoluciones en juicio oral son muchas más que las condenas. En las cifras para todos los delitos elegidos sí hay cambios a lo largo de los años, pero para el caso concreto del homicidio, en todos los años las absoluciones superan amplísimamente las condenas. Pareciera que las metas están puestas en las condenas fuera de juicio y en los archivos, que son las cifras cuyo comportamiento cambia a lo largo de los años.

Continuamos el análisis para el delito de secuestro extorsivo. El universo de casos está compuesto por, obviamente, un sinnúmero de conductas, pero el grueso lo constituyen casos de secuestro por grupos armados (o por delincuencia común para “vender” a la víctima a estos grupos) y casos de “paseo millonario” o “secuestro express”. Veamos entonces las cifras:

<sup>4</sup> Cfr. Ministerio de Defensa, Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE, entre otros.

<sup>5</sup> Cfr. Mildred Hartmann, Carlos Andrés Gómez, Camilo Ortiz citado *supra*.

<sup>6</sup> Es decir, las condenas con acuerdo sumadas a las obtenidas en juicio oral.

**Cuadro N° 5. Cifras para el delito de secuestro extorsivo.**

	2005	2006	2007	2008
Casos ingresados	114	262	485	712
Aceptación total de cargos	2	5	14	11
Aceptación parcial de cargos	1	4	8	6
Principio de oportunidad				
Archivo	37	49	94	101
Absolución juicio oral	1	1	6	7
Condena juicio oral	3	1	7	11

Fuente: Fiscalía General de la Nación

Lo primero que debe resaltarse es que, en el caso del secuestro extorsivo, la cantidad de absoluciones en juicio oral en ningún año es superior a la cantidad de condenas. No encontramos entonces las alertas que advertimos para el caso del homicidio. En cambio, persiste el problema de la poca cantidad de casos que se resuelve. Incluyendo los archivos, el sistema produjo salidas para el 38.6% de los ingresos en 2005. Este porcentaje fue del 22.9% en 2006, 26.6% en 2007 y finalmente 19.1% en 2008, es decir menos de la mitad que el primer año analizado. Podemos afirmar que cada año que pasa, la Fiscalía resuelve un porcentaje inferior de casos que el año anterior, con los consiguientes problemas de congestión de casos sin respuesta alguna.

Por otra parte, el número de casos que egresan del sistema está dominado casi en su totalidad por los archivos. En todos los años, la cantidad de condenas de todo tipo oscila entre el 3 y el 6%.

Pasemos entonces a analizar el delito de extorsión.

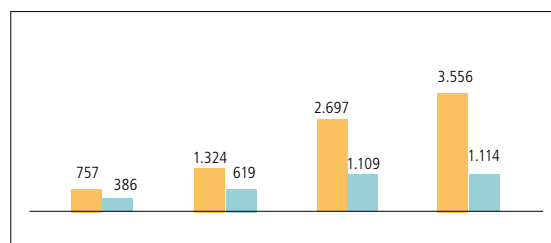
**Cuadro N° 6. Cifras para el delito de extorsión.**

	2005	2006	2007	2008
Casos ingresados	757	1.324	2.697	3.556
Aceptación total de cargos	19	37	78	67
Aceptación parcial de cargos	59	93	156	123
Principio de oportunidad	2	1	2	2
Archivo	292	465	814	873
Absolución juicio oral	5	7	12	19
Condena juicio oral	9	16	47	30

Fuente: Fiscalía General de la Nación

En este caso el panorama cambia drásticamente. El porcentaje de resolución de casos tiene cifras mucho más altas que para los demás delitos. Debido a lo llamativo de esta conclusión, mostramos este porcentaje en un gráfico a continuación.

**Gráfico N° 2. Casos ingresados por extorsión que han tenido algún tipo de salida.**



Fuente: Fiscalía General de la Nación

Tenemos entonces que en 2005, la Fiscalía terminó 386 de 757 casos por extorsión recibidos, es decir el 50.99%, cifra positivamente alta respecto del panorama para la sumatoria de delitos y de los delitos concretos ya analizados. Para el año 2006, el porcentaje desciende ligeramente al 46.75%, en 2007 el sistema resuelve el 41.12% y el 2008, el 31.33%. También en el caso de la extorsión se aprecia la misma tendencia que en el homicidio y el secuestro extorsivo: en los últimos 3 años se aprecia un descenso importante en la cantidad de casos que obtienen una respuesta, con lo cual se acrecienta la congestión de casos no resueltos.

En el delito de extorsión, los resultados son más positivos también en el número de condenas de todo tipo. En el primer año, se produjeron condenas en el 11.49% de los casos, en el 2006 en el 11.03%, en el 2007 hubo condenas en el 10.42%, y en 2008 hubo un dramático descenso de las condenas, al 6.19% de los casos ingresados. Si comparamos las cifras con las del homicidio, no es claro por qué en éste último hay muchas menos condenas porcentuales.

Finalmente, mostraremos el panorama en los delitos que hemos llamado “de corrupción”. Iniciaremos por el peculado, veamos entonces las cifras

**Cuadro N° 7. Cifras para el delito de peculado**

	2005	2006	2007	2008
Casos ingresados	79	312	707	1.246
Aceptación total de cargos		4	2	1
Aceptación parcial de cargos	3	11	18	12
Principio de oportunidad	2	6	6	1



Archivo	20	103	150	157
Absolución juicio oral	1	1	4	1
Condena juicio oral	1	3	6	

Fuente: Fiscalía General de la Nación

En el caso del peculado vemos un panorama similar al del homicidio. Del primer año al segundo, los archivos de casos aumentan dramáticamente. La cifra de archivos de 2006 es más de cinco veces la de 2005. La tendencia con el número de casos terminados también se refleja en este delito: en el primer año analizado, se resolvió el 34.18% de lo que ingresó; en 2006, el 41.03%, debido principalmente al gran aumento en los archivos; en 2007, la cifra de casos resueltos desciende al 26.31%, y en 2008, este descenso llega al 13.8%. Nuevamente apreciamos la tendencia al aumento de casos represados.

Llama mucho la atención que en este delito, los porcentajes de condenas de toda clase es especialmente bajo, sobre todo en el año 2008. En 2005 y 2006, las cifras superan ligeramente el 5%, mientras en 2007 hubo condenas en el 3.68% de los casos, y en 2008 tan sólo en el 1.04%. Veremos si en los demás delitos “de corrupción” también se refleja esta tendencia.

#### Cuadro N° 8. Cifras para el delito de cohecho

	2005	2006	2007	2008
Casos ingresados	51	142	284	470
Aceptación total de cargos		10	12	17
Aceptación parcial de cargos	4	20	25	41
Principio de oportunidad		5	13	14
Archivo	14	30	45	52
Absolución juicio oral		1	4	3
Condena juicio oral	1	3	4	2

Fuente: Fiscalía General de la Nación

En cuanto a la capacidad de respuesta del sistema, vemos que las cifras son bastante bajas, incluso en los ingresos de casos. En cuanto a los porcentajes, el sistema resolvió lo que ingresó en el 37.25% de los casos en el año 2005; en el 2006, el porcentaje es del 48.59%; en 2007, de 36.27%, y en 2008, de 27.45%. Persiste la misma tendencia: el porcentaje aumenta para el año 2006, y luego se reduce progresivamente en los años 2007 y 2008.

En cuanto a las condenas, el comportamiento en este delito puede ser un poco errático. Es posible

que esto se deba a que las cifras absolutas son bajas en este delito, por eso cualquier condena producirá una distorsión, cosa que no ocurre en los demás delitos, cuyas cifras absolutas son más altas. En todo caso, en 2005 se condenó a alguien en el 9.8% de los casos; en 2006, en el 23.24%; en 2007 en el 14.44% y en 2008, en el 12.77% de los casos ingresados.

En cuanto a la celebración indebida de contratos, las salidas únicamente son archivos. Veamos:

#### Cuadro N° 9. Cifras para los delitos de celebración indebida de contratos

	2005	2006	2007	2008
Casos ingresados	24	130	370	593
Aceptación total de cargos				
Aceptación parcial de cargos				
Principio de oportunidad				
Archivo	6	29	60	25
Absolución juicio oral				
Condena juicio oral	1	3	4	2

Fuente: Fiscalía General de la Nación

Un análisis que resulta posible hacer está referido al número de fiscales que se dedican a estos delitos “de corrupción” a nivel nacional. Como anexo No. 1, se muestra una tabla en la que se indica, para estos delitos, la cantidad de fiscales que se encargan de su investigación, según la Fiscalía General. A partir de esa información, podemos constatar que a nivel nacional hay 75 fiscales encargados de delitos contra la administración pública. Esto significa que la mayoría de casos de que conocen estos fiscales, son las tres categorías de delitos de corrupción analizadas. Si en los cuatro años estudiados, el total nacional de salidas para estos delitos suma 957, esto significa que un fiscal de administración pública evacúa en promedio 3 casos al año, incluyendo los archivos. En cuanto a las condenas, uno de estos fiscales en promedio produce menos de una condena al año en los delitos de mayor relevancia que conoce, incluyendo todo tipo de condenas (preacuerdos, negociaciones y juicio oral).

Con estas inquietudes, entrevistamos a los actores y litigantes en el sistema, para saber qué causas identifican ellos como productoras de las dificultades en la definición de los casos ingresados por los delitos relevantes para la ciudadanía. En los capítulos que siguen, hemos intentado agrupar las categorías de problemas identificados por ellos.

Adelantamos desde ya, que la Fiscalía ha optado por estimular la producción de resultados en otros aspectos, dentro de los cuales el más emblemático es la medida cautelar de detención preventiva. Abordemos entonces el análisis cualitativo.

### III. Análisis Cualitativo

Antes de abordar las causas específicas de la poca resolución de casos en la investigación y el juzgamiento de los delitos de mayor impacto social, nos parece relevante indicar un aspecto que podría dar perspectiva para dicho análisis. Se trata de la postura que varios expertos entrevistados nos han señalado, en cuanto al abordaje que elegimos para el estudio.

Como queda dicho, hemos iniciado el análisis con cifras del año 2005, es decir, a partir de la entrada en vigencia del sistema acusatorio. Nuestro propósito es indicar la eficiencia de dicho sistema. Sin embargo, los expertos (y algunos actores) coinciden en que los problemas para identificar y condenar a los autores de los delitos más impactantes para la sociedad colombiana, vienen de mucho más atrás.

Un primer experto entrevistado señala la “incapacidad estructural muy antigua del sistema penal para arrojar pruebas confiables (...) Los procesos no se llevan a condena sin la concurrencia de un delator”. Lo cierto es que, salvo algunos casos muy concretos, y muy conocidos, en que hay un delator, desde siempre son indecibles los crímenes de gran impacto social en que no hay nadie condenado.

En todo caso, en el sistema nuevo es más marcada la percepción de que no hay condenas en estos delitos. Hay una percepción generalizada de que el sistema nuevo produce resultados tan sólo en casos de flagrancia, mientras en el viejo, había casos emblemáticos en que los fiscales hacían bien su trabajo y ganaban los juicios. Un experto nos señaló que la debilidad del sistema penal para identificar y juzgar a los responsables de los delitos de mayor impacto es la misma en el sistema antiguo que en el nuevo. Con todo, no resultaría preciso señalar al sistema acusatorio como el que produce debilidades para investigar y juzgar estos delitos. Al parecer, el análisis debe abordarse con la perspectiva de problemas que existen desde siempre, pero que resultan más visibles en un sistema oral y público, sin permanencia de la prueba. Nos disponemos entonces a analizar las causas de estas debilidades.

### Debilidades estratégicas en la planeación de la investigación criminal

La primera causa que han señalado los entrevistados se refiere a la incapacidad estratégica de los fiscales para diseñar una teoría del caso. Es decir, cuando un fiscal recibe un caso, al parecer no se encuentra suficientemente entrenado para adelantar una investigación de manera conjunta con la policía, que lo lleve a completar las pruebas que hacen falta para condenar al responsable. La investigación criminal en el sistema acusatorio debiera funcionar de modo tal que un fiscal recibe un caso, asigna una vía de salida que estratégicamente resulte conveniente entre el amplio catálogo legal de que dispone, y diseña de manera conjunta con la policía las tareas que hacen falta para materializar esa salida. Muy en contra de esta imagen, lo que nos sugiere un experto es que los fiscales no tienen la capacidad de establecer, al analizar un caso, cuál será su suerte probable. Por eso, en palabras de él mismo, hay casos que parece que se dirigen al juicio, y terminan en un archivo, y viceversa.

Desde el punto de vista de los litigantes privados, la percepción es que cuando actúan en representación de la víctima y denuncian delitos, los fiscales no son precisos en cuanto a las pruebas que tienen con la denuncia y las que les falta conseguir.

Quisimos indagar acerca de la percepción de los jueces sobre la manera en que los fiscales abordan la investigación, y en particular, sobre si piensan que los fiscales tienen la capacidad de establecer con precisión qué deben recaudar para llegar a una condena. Un juez indicó que “los fiscales siguen abordando el problema con las rutinas antiguas. Es como si pensarán que deben buscar tareas que justifiquen su cargo”.

Las Fiscalías observadas se componen de un fiscal y un asistente de fiscal, que también es abogado. La ley le da facultades al asistente para realizar tareas de policía judicial, pero los asistentes en general no salen del despacho. Su trabajo se centra básicamente en redactar comunicaciones escritas dirigidas a otras entidades o a particulares. Estas comunicaciones se denominan “oficios”. Entonces, lo que nos indica este juez, es que para justificar cargos, es necesario seguir actuando a través de oficios, que ocupen el tiempo de los asistentes en un 100%. Frente a esta afirmación que realizó este juez, resulta relevante retomar un análisis que hicimos en el capítulo cuantitativo: en Colombia hay 75 fiscales dedicados a los delitos contra la administración pública; en los delitos elegidos para este estudio, las cifras señalan que un fiscal evacúa, de los casos más frecuentes, 3 casos al año (incluyendo archivos y desestimaciones de casos). Estas cifras apoyarían la afirmación del citado juez.

Pareciera entonces que la investigación en el sistema reformado se parece mucho a la instrucción del sistema tradicional, en cuanto a su carácter burocrático y formalista, y que los fiscales no se encuentran capacitados para elaborar estratégicamente una teoría del caso en conjunto con la policía judicial. Parece también haber una mala distribución del trabajo. Ello nos llevó a preguntarnos por el modelo de trabajo entre fiscales y policías, tema que se estudia en el siguiente capítulo.

### *1. Falta de metodologías modernizadas para coordinar el trabajo entre fiscales y policías*

Una promesa del sistema acusatorio fue una investigación modernizada. Se trataba de superar la lógica del sistema escrito y dejar de usar el “oficio” como metodología de investigación, para lograr la consecución de información de una manera más ágil, rápida y precisa. Además, se buscaba que los fiscales se apoyaran de una forma más útil en los policías (no solamente los agentes de policía, sino también los peritos de la policía, dactiloscopistas, grafólogos, médicos, etc.), para efectos de diseñar y materializar la investigación con la ayuda de la experiencia policial y las ciencias forenses. La herramienta legal con la cual se quiso materializar esta lógica es el “programa metodológico”<sup>7</sup>. Es decir, lo que se buscaba era introducir el elemento estratégico en la investigación, para que las ciencias forenses auxiliaran al fiscal y las labores investigativas no fueran producto de la improvisación o de la costumbre.

Muy por el contrario, la introducción del programa metodológico es un cambio, en la práctica, cosmético, porque los fiscales y los investigadores siguen funcionando con la lógica del sistema antiguo. Las investigaciones carecen, en general, de una planeación estratégica hecha de la mano entre el fiscal y la policía. Más bien, la imagen que arroja la práctica es que el fiscal elabora el programa

metodológico sin mayor apoyo o colaboración policial (tampoco los fiscales propician que eso pase), y dicho programa constituye más bien una lista de tareas pensada de forma algo tosca.

Sin duda, otro problema que se presenta es que la investigación es demasiado lenta. Los actores, al ser indagados respecto la lentitud, coinciden en afirmar que hacen falta recursos humanos en la policía judicial. Por otra parte, no solamente parece haber pocos policías, sino que además no tienen herramientas para trabajar. Todos los entrevistados coinciden en que no disponen de vehículos o no cuentan con equipos informáticos adecuados.

En síntesis, si la idea era fortalecer la capacidad investigativa, es claro que mantener la metodología burocratizada del sistema antiguo y valerse para ello de poca policía sin recursos para trabajar, no podrán conseguir el resultado pretendido.

### *2. No existen incentivos para lograr resultados reales en la lucha contra criminalidad de connotación social*

Uno de los pilares de la lucha eficiente contra la criminalidad, cualquiera sea su forma, es la existencia de un sistema de incentivos que permita que los funcionarios involucrados en la persecución penal, en especial fiscales e investigadores, se encuentren suficientemente motivados para desarrollar las diligencias investigativas, aumentar los casos de archivo o aplicación del principio de oportunidad, buscar la condena de los responsables y en general, para mejorar su rendimiento. Frente a este tópico lo que se pudo establecer es que, en lo que se refiere a los fiscales, estos funcionarios son generalmente medidos por resultados fijados sin una base empírica. No existen políticas dictadas desde un nivel central que faciliten una evaluación de los funcionarios. Esto explica por qué en algunos delitos el comportamiento de las cifras es incoherente con otros: por ejemplo, vimos en el acápite de la información empírica que en el delito de extorsión, muchas tendencias no son compatibles con otros delitos. Lo cierto es que nuestra investigación arroja que el nivel central de la fiscalía no se encarga de imponer metas de descongestión, o de altas cifras de celebración de audiencias. Es por esa razón que en la Fiscalía no existe una preocupación por evitar que los fiscales tengan casos sin resolver por años.

El fenómeno así descrito genera, entonces, dos problemas: en primer lugar, no existe en la Fiscalía un sistema que premie a los funcionarios eficientes. De otra parte, resulta preocupante que tampoco se toman las medidas administrativas necesarias para reaccionar frente a aquellos funcionarios que no incrementan o hacen descender las cifras de la institución.

<sup>7</sup> El artículo 207 del Código de Procedimiento Penal reformado lo define así: “(...) el fiscal, con el apoyo de los integrantes de la policía judicial, se trazará un programa metodológico de la investigación, el cual deberá contener la determinación de los objetivos en relación con la naturaleza de la hipótesis delictiva; los criterios para evaluar la información; la delimitación funcional de las tareas que se deban adelantar en procura de los objetivos trazados; los procedimientos de control en el desarrollo de las labores y los recursos de mejoramiento de los resultados obtenidos. En desarrollo del programa metodológico de la investigación, el fiscal ordenará la realización de todas las actividades que no impliquen restricción a los derechos fundamentales y que sean conducentes al esclarecimiento de los hechos, al descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física, a la individualización de los autores y partícipes del delito, a la evaluación y cuantificación de los daños causados y a la asistencia y protección de las víctimas.”

La Fiscalía no solamente carece de metas de gestión, sino que los indicadores que se aplican a los fiscales no consideran ningún resultado de calidad de cara a las condenas. En efecto, se hace énfasis en exigir a los fiscales “productos” que no ofrecen mayores dificultades desde una perspectiva cualitativa.

Se detectó también que hace falta uniformidad en el objetivo de la investigación: muchos fiscales buscan reunir información para imputar y detener, y dejan a un lado la posibilidad de crear y madurar una buena investigación de cara a vencer en un juicio. Otros fiscales presentan imputación sólo con la información que les permita individualizar.

Más preocupante es el caso de la policía. Si las metas de los fiscales se diseñan de la forma antes descrita, la realidad es que a los policías no se les imponen metas, y cuando éstas se acuerdan entre fiscal y policía, no miden calidad en la labor. Tenemos entendido que al interior de la policía a la que pertenezcan en ocasiones son evaluados, pero no en su tarea de auxiliares de la investigación.

### *3. Existen casos emblemáticos en que se producen resultados, fruto de un mensaje expreso de tratarlos excepcionalmente*

Existe un nivel importante de consenso entre los actores del sistema acusatorio colombiano, respecto de que el nuevo sistema procesal penal ha mostrado pocos resultados. Como decíamos, ello puede deberse a que la mayoría de las investigaciones sigue aún en curso, pero el punto es que hasta ahora, la justicia colombiana no ha sido más eficiente. Sin embargo, es para todos evidente que la fiscalía ha mostrado resultados en casos excepcionales, que se caracterizan por ser de gran connotación y de interés de los medios de comunicación.

En general, los eventos en los que la Fiscalía ha producido resultados desde el punto de vista investigativo comparten unas características que los distinguen del resto de acontecimientos susceptibles de ser procesados por la justicia penal: se trata de delitos con un número plural de víctimas, en los que se encuentra involucrado o interesado un personaje público, casos de gran impacto social (por ejemplo, las agresiones a menores de edad) o con mucha mayor frecuencia, casos en que se encuentra involucrado un personaje con relieve político. Esos hechos llaman la atención de los medios de comunicación, quienes de manera expresa demandan la intervención de “las autoridades”. De modo que esos casos emblemáticos operan como un detonante para la intervención pronta y eficiente de la fiscalía. De esa manera, en la investigación de esos pocos delitos el sistema produce resultados rápidos y visibles. De donde se concluye que la relevancia

de los casos no obedece a una política institucional, que incluya valoraciones como la calidad y el número de víctimas o el bien jurídico afectado con la conducta punible, sino a la exposición que tengan los delitos en los medios de comunicación.

La descripción que hacen todos los actores acerca del origen de los que hemos llamado casos emblemáticos, demuestra que la velocidad y eficiencia de la actuación de la Fiscalía en su investigación depende casi exclusivamente del interés de los medios. Por otra parte, que la Fiscalía dedique especiales esfuerzos a aquellos casos que “sugiere” la prensa, trae como consecuencia nociva para el funcionamiento del sistema penal que el interés de los funcionarios encargados de la investigación se centre exclusivamente en ellos, con el consecuente descuido del resto de los asuntos a su cargo. Es decir, el sistema sí ha mostrado ser capaz de resolver casos de delitos de connotación social; lo que no ha logrado hacer es masificar esta metodología, para producir resultados en un número significativo de casos. Lo anterior pone de presente que la persecución penal en Colombia es de carácter coyuntural y no estratégico.

### *4. Ausencia de políticas para el tratamiento de víctimas, testigos y policía*

En este acápite, trataremos el tema de las dificultades en el tratamiento de víctimas, testigos y policías desde dos puntos de vista. El primero de ellos tiene que ver con la ausencia de un programa operativo dirigido a conseguir la participación de las víctimas y testigos en los juicios orales. El segundo va en la misma línea pero es un tanto diferente, se refiere a la falta de políticas que consigan la protección de ellos, así como de los policías.

En cuanto al primer tema, los fiscales entrevistados espontáneamente identificaron la escasa participación de víctimas y testigos en los juicios orales, como uno de los aspectos que impide conseguir más condenas en juicio. Coincidieron en afirmar que no reciben instrucciones ni capacitación referida al tratamiento de víctimas y testigos, sino que se basan únicamente en los mandatos legales. De igual forma, indican que tampoco la policía tiene la capacidad de contactar a los testigos y víctimas, conseguir su versión y mantener el contacto para asegurar la práctica de la prueba en el juicio, por lo cual los fiscales asumen directamente esta tarea. En cuanto a los delitos contra la administración pública, hay además otro problema, y es que quienes denuncian estos delitos tienen intereses comprometidos debido a su puesto de trabajo o su filiación política, y en consecuencia no acuden al juicio porque no quieren que se revele su carácter de denunciantes.

Como anunciamos, el otro aspecto que afecta la consecución de condenas es la situación de desprotección en que se encuentran las víctimas, testigos y policías. En cuanto a los dos primeros, la Fiscalía tiene una oficina dedicada a esa tarea, pero al parecer no cuenta con recursos suficientes para cubrir la demanda.

### 5. Falta de coordinación interinstitucional entre la Fiscalía y las distintas policías

La Fiscalía General de la Nación tiene a su disposición varias instituciones que le prestan sus servicios como policía judicial: la Policía Nacional, la DIJIN, la SIJIN, el DAS y el CTI. Son varios los problemas que detectamos en el funcionamiento de esos cuerpos de policía. A manera de ejemplo, no existe un alto grado de especialización en dichos cuerpos investigativos. Pero nos ocuparemos en este capítulo de un fenómeno que preocupa por igual a muchos de los actores del sistema: la ausencia de coordinación entre la fiscalía y las diferentes instituciones de policía judicial.

Un primer punto a destacar es que desde las mismas etapas de implementación del nuevo sistema procesal, la relación entre fiscales y policías se caracterizó por celos mutuos. Se dice que los fiscales no tomaban en cuenta al investigador por considerar que “el fiscal manda”, que era “su investigación” y que por mandato legal la dirección de la misma le daba la posibilidad de imponer su criterio. El efecto de esa primera aproximación es que el investigador no se siente participe del programa metodológico.

Con todo, existe un problema de fondo que afecta la relación fiscal-policía: la forma en que se usa el programa metodológico, como queda dicho, impide la puesta en práctica de las destrezas policiales, porque todas las labores se encuentran dirigidas por el fiscal del caso. Así las cosas, ocurre que cuando un investigador no cumple con su labor, el fiscal no tiene ninguna herramienta para exigir los resultados.

Si a lo anterior se añade la ausencia total de control hacia la policía, el panorama no es el más favorable. En efecto, en la práctica nadie controla a la policía judicial. Al interior de la Fiscalía no hay control porque el fiscal es “tan sólo” el coordinador de los investigadores. Y el fiscal tampoco tiene poder para controlar al investigador, porque, funcionalmente, éste depende de otra entidad. Esa falta de control produce consecuencias desastrosas al interior del proceso penal. Mencionaremos por ahora una de las más preocupantes: la corrupción. Se conocen varios antecedentes de policías que presionan a la víctima para buscar las pruebas “que sí sirven”, así como eventos de policías que exigen una contraprestación al indiciado a cambio de no entregar pruebas incriminatorias al fiscal.

En ese contexto resulta fácil concluir que a las graves prácticas que hacen muy demoradas las investigaciones penales en Colombia, se agregan los retrasos que la falta de comunicación entre fiscales y policía judicial generan.

En síntesis, ni siquiera es claro quién establece qué debe hacerse con la investigación, y finalmente dependerá del fiscal de turno, si es él quien define la suerte de un proceso, o es el investigador quien tiene a su cargo esta tarea.

## IV. Conclusiones

En primer lugar, debemos afirmar que la información cuantitativa indica dos temas preocupantes, de cara al objeto de estudio. El primero de ellos, está referido a la bajísima cantidad de resultados arrojados en el sistema acusatorio colombiano, que permitan descubrir al culpable de los delitos de mayor connotación social. La segunda, es que ya las cifras revelan la total ausencia de alguna exigencia en este sentido por parte de la Fiscalía General.

Si bien la utilización sistemática de preacuerdos y negociaciones constituye un logro sumamente importante que vale la pena rescatar, cuando los delitos sí requieren algún nivel de investigación, el trabajo de la Fiscalía se caracteriza por ser sumamente lento y rodeado de trabas burocráticas, a la usanza del sistema tradicional.<sup>8</sup> No se ha desformalizado la etapa de investigación, y al parecer la dotación de policías dedicada a esta tarea no es suficiente.

Con fundamento en lo expuesto, tenemos entonces que el sistema colombiano ha logrado utilizar masivamente las salidas novedosas, pero paradójicamente en los casos que requieren alguna investigación, es decir aquellos que tradicionalmente podía procesar (con los defectos del sistema antiguo), el trámite se desarrolla de una manera tan burocrática y lenta, que en la práctica los resultados no se ven. Las cifras arrojadas por el sistema muestran cómo las condenas obtenidas en juicio oral son decididamente muy pocas. En una primera aproximación, pensamos que se trataba de una debilidad esencial del sistema; sin embargo, la apreciación de la información en su contexto y las entrevistas realizadas con algunos actores, arrojan que el problema no es

<sup>8</sup> En otra ocasión habíamos mostrado que en el sistema acusatorio colombiano los investigadores realizan sus tareas a través de procedimientos funcionales al sistema escrito que requiere expediente, como el envío de oficios. Para ampliar esta información, cfr HARTMANN, Mildred, Gómez, Carlos Andrés, Ortiz, Camilo, *Estudio Empírico del Funcionamiento del Sistema Acusatorio*, Universidad Jorge Tadeo Lozano, Bogotá, 2009, pp. 51 a 59.

que no se consigan condenas, sino que los procesos son tan increíblemente lentos, que aún falta tiempo de funcionamiento del sistema acusatorio para que sean visibles las condenas.

Por otra parte, como se destaca en varios apartes del informe, la cantidad de casos que llegan a juicio y son resueltos con una absolución, superan en mucho la cantidad que termina en condena. No queremos significar que debiera haber una meta, en el sentido de que todos los juicios culminen en condena, y tampoco se debe perseguir la expulsión de la fiscalía de todo fiscal cuyo juicio termine en una absolución. De hecho, es claro que los casos con prueba muy fuerte, deben culminar con condenas por aceptación de cargos. Lo que queremos mostrar es que un fiscal que se decide por ir a juicio, debe ser capaz de ganar un número importante de ellos, en cambio, en el sistema colombiano, es evidente que las absoluciones superan en mínimo tres veces las condenas, y ello no parece ser motivo de preocupación.

No debe olvidarse que ningún entrevistado identifica las debilidades para perseguir criminalidad de connotación social, con la entrada en vigencia del sistema acusatorio; por el contrario, indican que sin la concurrencia de un delator, hay una incapacidad histórica para descubrir y juzgar a los responsables de una conducta de impacto social en Colombia.

Ahora bien, la promesa del sistema acusatorio era una investigación ágil, rápida y desformalizada. Sin embargo, adentrarse en la metodología con que actualmente se adelanta, revela que la investigación en la práctica sigue el paradigma del sistema escrito: es burocrática, formalista e imprecisa en la búsqueda de los elementos que pueden servir de prueba. Los fiscales no parecen tener una formación que les permita diseñar la investigación con la policía, de manera acorde con un sistema de esta clase.

Los resultados que arroja la Fiscalía, en casos de connotación social, únicamente se producen con metodologías excepcionales y bajo presión. La fiscalía solamente puede mostrar resultados en casos estudiados uno por uno. No se encuentra, en ninguno de los delitos estudiados, la producción de resultados masivos. En cambio, cuando la Fiscalía entrega resultados “de calidad”, es porque el caso está en ese momento siendo ventilado en la prensa. Estos resultados son siempre el producto de un tratamiento excepcional, en cuanto a su direccionamiento, los recursos asignados y el resultado perseguido.

Otro aspecto que parece incidir en la consecución de condenas en juicio oral, es la total ausencia de políticas de participación y protección de víctimas y testigos. Este aspecto incide incluso en los policías.

Finalmente, el punto más relevante detectado en este estudio es que la Fiscalía General no se fija en absoluto en la calidad de las investigaciones. Los indicadores que podrían arrojar datos sobre ella, como por ejemplo la cantidad de condenas, no son tenidos en cuenta de manera masiva por el sistema. Los resultados que se evalúan y se consideran masivamente, están referidos a la privación de la libertad durante el proceso. Además de los cuestionamientos que ello genera desde el punto de vista de las garantías, el problema definitivo radica en que la prueba exigida para detener preventivamente a alguien, lleva a los fiscales a concentrarse en aspectos muy distintos de los que les permitirían ganar un juicio.

No podemos cerrar el informe sin reiterar lo que para nosotros es uno de los problemas claves en la implementación del sistema adversarial; un cambio de semejante magnitud requiere una toma de postura decidida de la Fiscalía General. El estudio de las reformas en la región ha demostrado sin lugar a dudas que el Fiscal General debe tomarse el sistema como una política que requiere liderazgo, intervención, constante evaluación y reevaluación de la dinámica de funcionamiento de la Fiscalía. Ello no ha ocurrido en Colombia, donde el Fiscal General que estuvo a cargo de la mayor parte de la implementación manifestó con muchísima frecuencia que “los fiscales son autónomos e independientes”, y se ha mostrado reacio a implementar medidas que resuelvan los problemas detectados por todos los usuarios y funcionarios. Adicionalmente, tampoco otras autoridades suelen tomarse en serio el rol del Fiscal, tanto es así que el anterior Fiscal General dejó su cargo en agosto de 2009, y a la fecha de cierre del presente informe (abril de 2010), aún no han nombrado Fiscal General. El hecho de que la institución se encuentre aún a la deriva y bajo encargo no resulta alentador frente a la solución de problemas que con el tiempo se agravarán cada vez más. ■



## Luciano Hazan

Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.  
luhazan@gmail.com

En la investigación que fue base de este trabajo participó Mariano Gaitán.

# La investigación y persecución de delitos de alta connotación social en Argentina

## I. Introducción

Este trabajo es una versión resumida del “Estudio sobre la investigación y persecución penal de delitos de alta connotación social en Argentina”<sup>1</sup> que forma parte de un proyecto más amplio del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) junto a otros informes similares de Chile, Perú, Colombia y Venezuela. El objetivo fue describir y evaluar las capacidades y debilidades del sistema de justicia penal de Argentina para investigar, perseguir y sancionar aquellos delitos que generan más impacto en la opinión pública por su gravedad o connotación social, así como por la impunidad que genera su no resolución o las respuestas tardías. En esta versión resumida, se hace hincapié en las conclusiones de aquel estudio, divididas en dos partes: los principales factores que limitan o condicionan las capacidades del sistema y las buenas prácticas que se han podido detectar.

El estudio se basó en la recolección de información a través de fuentes secundarias, en la búsqueda de información estadística producida por el mismo sistema de justicia penal y por organizaciones no gubernamentales que trabajan sobre la temática, en una serie de entrevistas realizadas a expertos y a

actores relevantes del sistema, en la revisión de un grupo de casos paradigmáticos y en la visita de oficinas judiciales y policiales entre los meses de abril y septiembre de 2009.

Para llevar adelante el trabajo, se indagó sobre la investigación y persecución penal de un grupo determinado de delitos: homicidios, secuestros extorsivos, corrupción y desapariciones de personas cometidas en el marco del terrorismo de Estado. Aun tratándose de un recorte limitado del universo de trabajo del sistema de investigación y persecución penal, las complejidades y variantes presentes en cada una de las problemáticas criminales seleccionadas hicieron que el estudio tuviera un carácter necesariamente preliminar, ya que cada uno de ellos merecería una mayor profundización.

La selección de los delitos llevó a orientar el trabajo hacia el funcionamiento del sistema de justicia penal federal, que tiene la competencia para la persecución penal y el juzgamiento de los secuestros extorsivos, los delitos asociados a la corrupción y las desapariciones forzadas de personas cometidas durante el terrorismo de Estado. La única excepción son los homicidios, cuya jurisdicción es “ordinaria”<sup>2</sup>. Se optó por estudiar la investigación

<sup>1</sup> El estudio será publicado por el CEJA y se encuentra en prensa, por lo que para una mayor profundización de los temas se sugiere recurrir a la versión completa.

<sup>2</sup> En contraposición a la justicia “de excepción”, nombre que se ha utilizado históricamente para señalar a la justicia con competencia federal.



y persecución de aquellos ocurridos en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires, por lo que la competencia corresponde a la denominada justicia nacional. Esta decisión metodológica obedeció a la conveniencia de trabajar sobre casos regidos por un mismo régimen de procedimientos<sup>3</sup>.

Por ello, el presente trabajo analiza la investigación, persecución y sanción de delitos en el marco de un sistema de justicia penal no reformado, o limitado en la reforma a la introducción de juicios orales a partir de 1992. Es decir, de un sistema en el que -en principio- la carga de llevar adelante las investigaciones está en manos de jueces de instrucción y no de fiscales, que cumplen en esta instancia un rol limitado a dictaminar sobre el trabajo del juez o a sugerir medidas de investigación, aunque entre sus responsabilidades formales aparecen las más rimbombantes de instar la persecución penal y velar por la legalidad.

Sin embargo, desde que se sancionó el Código Procesal Penal<sup>4</sup>, una serie de reformas legales parciales les otorgaron a los fiscales la investigación de los casos en determinadas circunstancias especiales: cuando el presunto autor del delito no haya sido individualizado al iniciarse el caso<sup>5</sup>, en los casos de delitos en flagrancia en los que no proceda la prisión preventiva y, más recientemente, el Congreso puso en cabeza de los fiscales la obligación de investigar los delitos de secuestros extorsivos y privaciones de la libertad agravada<sup>6</sup>. Estas instancias se sumaron a la más genérica atribución del juez de instrucción de delegar la investigación al fiscal y retomarla de manera discrecional, prevista ya al sancionarse el CPPN<sup>7</sup>.

Por otro lado, la Procuración General de la Nación ha ido creando a lo largo de los años unidades fiscales especializadas para apoyar la persecución penal de determinados tipos de delitos, en general con atribuciones limitadas, aunque con mayor amplitud en algunos casos. En la creación de estas

unidades ha tenido relevancia habitualmente el Poder Ejecutivo, aun en distintas administraciones, a través de apoyo político o económico.

En este contexto en el que las investigaciones y la persecución penal para llevar un caso a juicio se encuentran repartidas entre jueces de instrucción y fiscales, y ante la carencia de una policía de investigaciones judiciales, el apoyo en la producción de la evidencia está en manos de las fuerzas federales de seguridad que dependen del Poder Ejecutivo (Policía Federal Argentina, Gendarmería Nacional, Prefectura Naval y Policía de Seguridad Aeroportuaria), en cuerpos periciales que dependen de la Corte Suprema de Justicia (Cuerpo Médico Forense y Cuerpo de Contadores) y otras instituciones públicas.

Una vez que las investigaciones se encuentran completas y en las que se logra identificar a los presuntos autores de las conductas delictivas, los casos son enviados a la etapa de juicio, donde un tribunal colegiado decide luego de recibir la evidencia y escuchar a las partes. En esta etapa los fiscales cumplen el rol acusador de manera más clara, en algunos casos compartido con la querrela que representa a las víctimas, mientras que la defensa (pública o privada) termina de delimitar el cuadro procesal.

## II. Información particularizada sobre los delitos estudiados

En este apartado se pretende exponer información cuantitativa sobre el funcionamiento del sistema en los delitos estudiados, para que pueda ser complementaria a la información cualitativa que se presenta en los apartados siguientes. Las características especiales de los delitos cometidos en el marco del terrorismo de Estado hacen que sea difícil sacar conclusiones generales del tipo de las que se muestran en este apartado, ya que los resultados que obtiene el sistema responden en general a causas iniciadas hace tres décadas, aunque sí se muestran algunas estadísticas de los avances generados en los últimos años.

3 La ciudad de Buenos Aires, capital de Argentina, fue un territorio federal hasta su autonomización en 1994, cuando pasó a ser un Estado más dentro de la federación. Si bien se estableció que tendría su propio sistema de justicia, la creación y el traspaso de competencias fueron limitados hasta el momento. En materia penal, a través de una serie de convenios firmados entre los gobiernos federal y de la ciudad, se traspasaron algunos delitos de menor entidad. Por eso, aún, los delitos graves que ocurren en la ciudad de Buenos Aires son atendidos por la jurisdicción "nacional", que se rige a través de las normas federales, tanto en relación a la organización, selección y remoción (de jueces, fiscales y defensores públicos) como a las cuestiones de procedimientos.

4 Ley 23.984, Código Procesal Penal de la Nación (CPPN), publicada en el Boletín Oficial el 9 de septiembre de 1991.

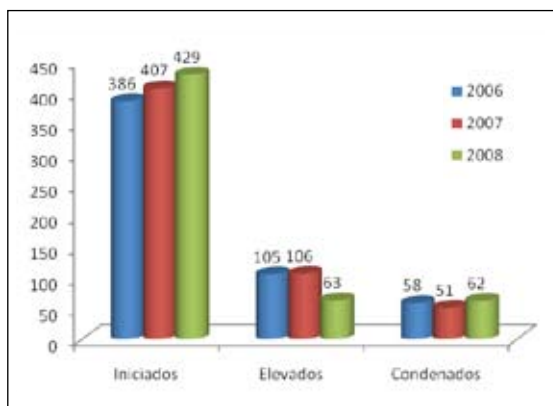
5 Artículo 196 bis del CPPN, de acuerdo a la Ley 25.409.

6 Artículo 196 bis CPPN, de acuerdo a la Ley 25.760.

7 Artículo 196 CPPN.

## II.A. Homicidios dolosos

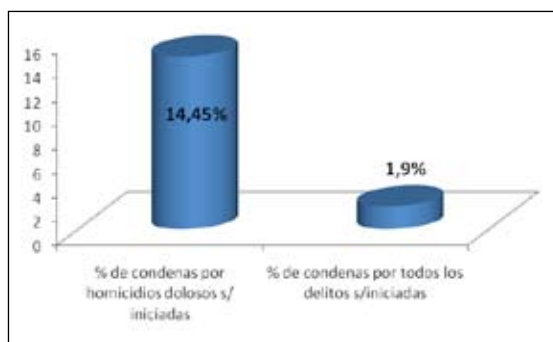
Variación anual de ingresos, casos elevados y condenas de homicidios dolosos



Fuente: Elaboración propia en base a datos aportados por la Oficina de Investigación y Estadísticas Político-Criminales de la Procuración General de la Nación. Datos actualizados al 22 de junio de 2009.

En materia de homicidios dolosos<sup>8</sup> se puede observar un crecimiento durante 2008 tanto de los casos que se iniciaron como de las condenas respecto de los períodos anteriores.

Tasa de condenas sobre causas iniciadas en homicidios dolosos. Comparativo con tasa de todos los delitos. 2008



Fuente: Elaboración propia en base a datos aportados por la Oficina de Investigación y Estadísticas Político-Criminales de la Procuración General de la Nación. Datos actualizados al 22 de junio de 2009.

Aquí se puede observar una importante diferencia en la eficacia en la condena de homicidios dolosos, si se la compara con la tasa general de condenas. La diferencia es mayor al 700% y se debería explicar por la cantidad de recursos que se dedican a la investigación

<sup>8</sup> Se limitó el universo de homicidios estudiados a los homicidios dolosos (simples, agravados, atenuados) teniendo en cuenta los criterios de gravedad o connotación social que dirigen este trabajo, así como de complejidad en cuanto a la investigación.

y persecución de los homicidios dolosos en comparación con la generalidad de los delitos. Sin embargo, se trata de una tasa baja en comparación con las tasas de condenas por homicidios en otros países<sup>9</sup>.

Homicidios dolosos por tipo de autor. 2008.



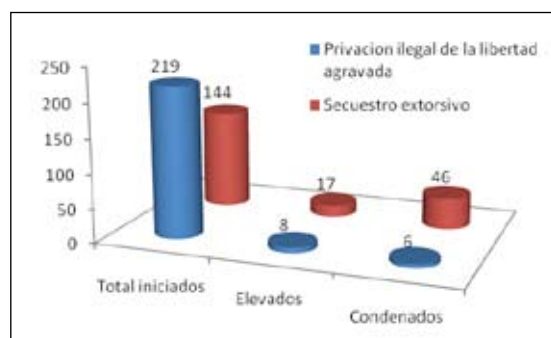
Fuente: Elaboración propia en base a datos aportados por la Oficina de Investigación y Estadísticas Político-Criminales de la Procuración General de la Nación. Datos actualizados al 22 de junio de 2009.

La relevancia de los datos que se muestran en el gráfico precedente sobre conocimiento o ignorancia del autor al inicio de los casos de homicidio radica no solamente en las dificultades diferenciales para su investigación, sino especialmente en que aquellos en los cuales el presunto autor no es conocido, la investigación queda automáticamente en cabeza de los fiscales. Esto significa que los homicidios genéricamente más complejos son investigados por los fiscales y no por los jueces de instrucción.

Pero además, el hecho de que en el 55% de los casos de homicidios el presunto autor sea conocido al comienzo de la investigación, realza la falta de eficacia en la investigación de este tipo de delitos. El 14% de condenas es muy bajo si se lo entrelaza con este indicador, a pesar de que supera arduamente el promedio general de los casos.

## II.B. Secuestros extorsivos

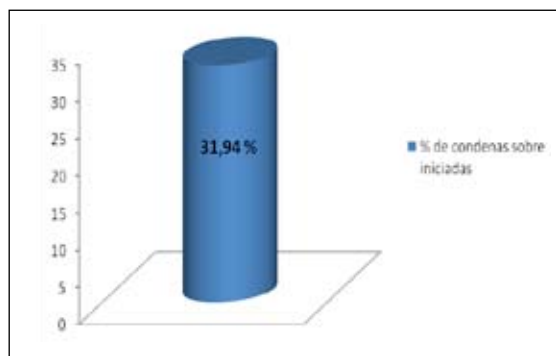
Secuestro extorsivo y privación ilegal de la libertad agravada. Iniciados, elevados y condenados. Fuero federal de todo el país. 2008.



<sup>9</sup> Ver en este sentido el resto de los informes que forman parte de este proyecto del Centro de Estudios de Justicia de las Américas.

Fuente: Elaboración propia en base a datos aportados por la Oficina de Investigación y Estadísticas Político-Criminales de la Procuración General de la Nación. Datos actualizados al 22 de junio de 2009.

### Tasa de condenas sobre causas iniciadas. Secuestros extorsivos. 2008



Fuente: Elaboración propia en base a datos aportados por la Oficina de Investigación y Estadísticas Político-Criminales de la Procuración General de la Nación. Datos actualizados al 22 de junio de 2009.

Los secuestros extorsivos y las privaciones de la libertad agravadas son los dos únicos delitos que el sistema procesal federal distingue y cuya investigación queda automáticamente en manos de los fiscales, sin que medie delegación del juez de instrucción.

La privación de la libertad agravada (art. 142 bis del Código Penal) fue incluida en la reforma que puso la investigación en manos de los fiscales porque es el tipo penal en el que encuadran los denominados secuestros exprés. Especialmente luego de la profunda crisis económica que sufrió Argentina a comienzos de la década, esta metodología delictiva se multiplicó. La práctica más común consiste en la privación de la libertad de la víctima de manera momentánea hasta que se logra hacerle sacar el dinero disponible en sus cuentas bancarias a través de los cajeros automáticos.

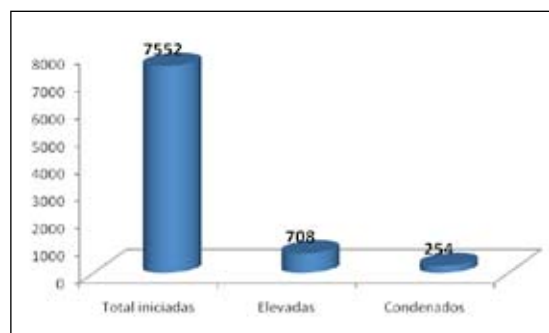
Resultan curiosos los bajos guarismos de elevación a juicio y condenas en este tipo de casos, ya que es bastante común que la víctima se encuentre en condiciones de identificar al autor luego de ser liberada. Sin embargo, este tipo delictivo, los secuestros exprés, no fueron abordados con detalle en el estudio, por considerarse que no cumplen con los requisitos de alta connotación social que guían este trabajo. En particular, porque se trató de una forma delictual típica en un momento particular y cuya repetición ha disminuido. Los secuestros extorsivos, en cambio, aunque relativamente esporádicos, siguen generando fuerte alarma social.

El 32% de condenas en materia de secuestros extorsivos duplica la tasa de los homicidios resueltos. Sin embargo, resulta sorprendente que las condenas

superen en esa magnitud las elevaciones a juicio. La explicación podría ser que dentro de un universo pequeño de casos se acumularon varios a lo largo de los años cuyos juicios orales se realizaron durante 2008, año de la muestra. Paralelamente, ha bajado notoriamente la intensidad en la ocurrencia de esta metodología delictiva si se la compara con el primer lustro de la presente década.

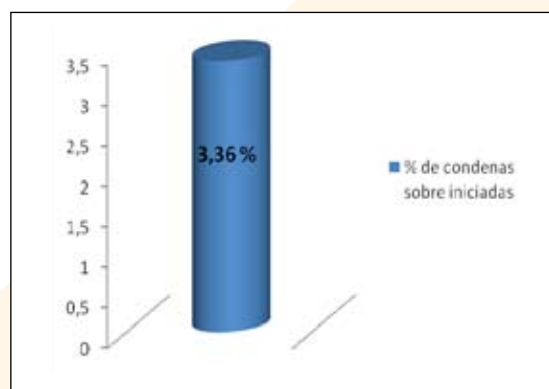
## II.C. Corrupción

### Delitos contra la administración pública. Iniciados, elevados y condenados. 2008



Fuente: Elaboración propia en base a datos aportados por la Oficina de Investigación y Estadísticas Político-Criminales de la Procuración General de la Nación. Datos actualizados al 22 de junio de 2009.

### Tasa de condenas en delitos contra la administración pública sobre iniciadas. 2008

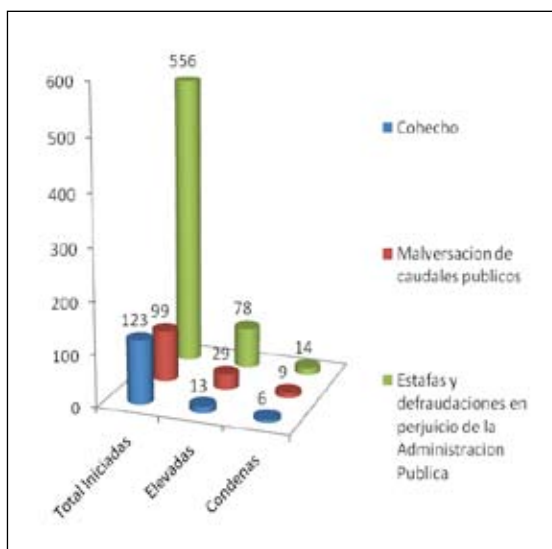


Fuente: Elaboración propia en base a datos aportados por la Oficina de Investigación y Estadísticas Político-Criminales de la Procuración General de la Nación. Datos actualizados al 22 de junio de 2009.

Como se observa en los dos gráficos previos, la tasa de condenas en delitos contra la administración pública es mucho menor que aquellas de los homicidios dolosos y los secuestros extorsivos. Estos indicadores de eficacia son bajos a pesar de los importantes recursos que el Estado pone a disposición de la investigación y persecución de estos delitos: los Juzgados y Fiscalías federales, la FIA, la Oficina

Anticorrupción, la UIF y ahora una nueva Oficina de Coordinación en la Procuración General. Algo mejores son los resultados que se pueden observar curiosamente respecto de algunos delitos típicos de la corrupción como el cohecho, con una tasa de condenas del 4,87%, y especialmente la malversación de caudales públicos, con el 9,09%. Mientras que las estafas y otras defraudaciones contra la administración pública, considerado como un delito contra la propiedad, aparecen con una tasa menor al promedio de 3,36%, con el 2,51%.

**Delitos representativos de corrupción. Iniciados, elevados y condenados. 2008**



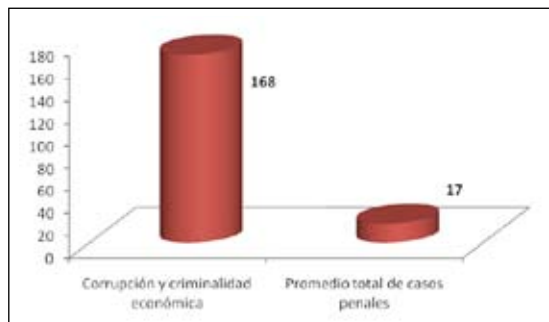
Fuente: Elaboración propia en base a datos aportados por la Oficina de Investigación y Estadísticas Político-Criminales de la Procuración General de la Nación. Datos actualizados al 22 de junio de 2009.

El funcionamiento de la justicia penal en los casos de corrupción seguramente influye en la percepción de la opinión pública que ubica a este problema como uno de los principales del país. Visto en términos comparativos, Argentina se encuentra en la posición 109 en el ranking de 180 países que elabora anualmente Transparency International, con una calificación de 2,9 (sobre 10) en 2008<sup>10</sup>.

De hecho, de acuerdo a un relevamiento realizado por el Centro de Investigación y Prevención de la Criminalidad Económica (CIPCE) sobre 50 causas de este tipo del fuero federal en la ciudad de Buenos Aires, el promedio de duración de los procesos penales en casos de corrupción o criminalidad económica es de 14 años<sup>11</sup>, con causas que llegaron

a demorar hasta 21. Paralelamente, el promedio de duración de los casos penales es de un año y cinco meses según un estudio de la Procuración General de la Nación<sup>12</sup>.

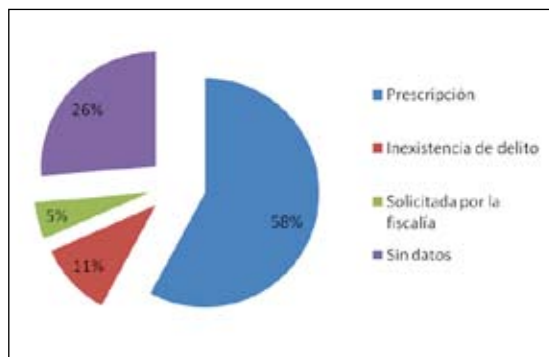
**Comparativo promedio de plazos en casos de corrupción y de delitos en general - meses**



Fuente: Elaboración propia en base a datos relevados por el CIPCE y por la Procuración General de la Nación.

Sobre esta base no resulta sorprendente entonces que el 41% de los casos examinados por el CIPCE haya terminado con un sobreseimiento del imputado aun sin llegar a juicio; y que de esos sobreseimientos, el 58% tenga a la prescripción como causa.

**Causales de sobreseimientos en casos de corrupción – en porcentaje.**



Fuente: CIPCE. "Búsqueda de un modelo integrado para neutralizar la criminalidad económica...", Op. Cit.

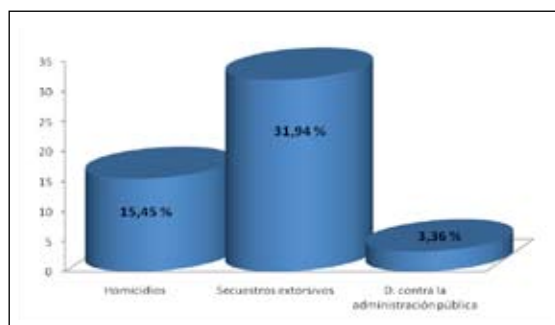
<sup>10</sup> Ver [http://www.transparency.org/news\\_room/in\\_focus/2008/cpi2008/cpi\\_2008\\_table](http://www.transparency.org/news_room/in_focus/2008/cpi2008/cpi_2008_table)

<sup>11</sup> CIPCE, "Búsqueda de un modelo integrado para neutralizar la criminalidad económica. Diseño de nuevos mecanismos

institucionales de recuperación de fondos económicos para el Estado. UBACYT D007. Segundo informe de avance" - Estado actual de la investigación; publicado en [www.acij.org.ar/boletin/informe%20CIPCE.pdf](http://www.acij.org.ar/boletin/informe%20CIPCE.pdf)

<sup>12</sup> Procuración General de la Nación, "La duración del proceso penal en la República Argentina", investigación dirigida por Adrián Marchisio, [www.mpf.gov.ar/Institucional/CoordinacionI/Documentos/Plazos%20de%20duracion%20del%20proceso%20penal.pdf](http://www.mpf.gov.ar/Institucional/CoordinacionI/Documentos/Plazos%20de%20duracion%20del%20proceso%20penal.pdf).

### Tasa de condenas sobre causas iniciadas. Comparativo homicidios, secuestros extorsivos y delitos contra la administración pública. 2008.



Fuente: Elaboración propia en base a datos aportados por la Oficina de Investigación y Estadísticas Político-Criminales de la Procuración General de la Nación. Datos actualizados al 22 de junio de 2009.

### II.D. Delitos cometidos en el marco del terrorismo de Estado

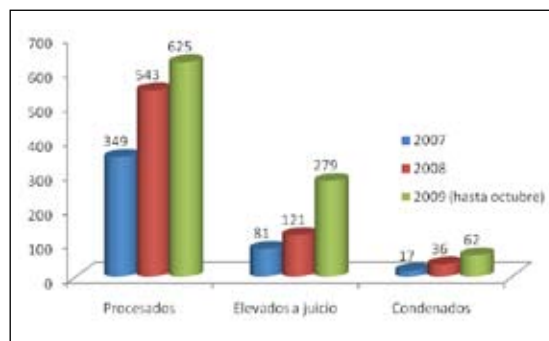
De acuerdo al informe 2009 de gestión de la Unidad de Coordinación y Seguimiento<sup>13</sup>, “se ha logrado una aceleración en la elevación de casos a juicio a partir del dictado de los procesamientos”. De un universo total de 625 procesados, 279 imputados ya cuentan con al menos una causa transitando la etapa de juicio y, por otro, un grupo de 161 imputados que alcanzarían en lo inmediato ese estadio procesal, dado que los fiscales ya han formulado los correspondientes requerimientos de elevación a juicio. Además, se advierte que de las 161 personas que transitan la etapa intermedia del proceso y que ingresarán próximamente a la fase de juicio oral, 96 lo harán por primera vez (y se sumarán a los 279 ya mencionados).

Según el mismo informe, durante 2008 se realizaron 7 debates orales en los que se juzgó a 29 personas (se condenó a 27 y se absolvió a 2). Por su parte, hasta octubre de 2009 se realizaron 7 debates orales en el marco de los cuales se juzgó a 23 personas (se condenó a 19 imputados y se absolvió a 4).

En total, luego de la anulación de las normas de amnistía y hasta la fecha del Informe 2009 han sido condenado 53 imputados (el número se eleva a 62 si se suman las condenas impuestas en el juicio a la Junta de Comandantes y en la causa “Camps”, ambas durante el primer gobierno democrático) y a ellos se les debe sumar los 110 condenados durante

2010. Por otro lado, hasta diciembre de 2008 se había condenado a 36 personas, 28 de ellas en juicios que se desarrollaron ese mismo año.

### Evolución de las causas por delitos del terrorismo de Estado. 2007 a 2009.



Fuente: Informe de gestión 2009 de la Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los derechos humanos cometidas durante el terrorismo de Estado, 2009.

## III. Principales factores que limitan o condicionan las capacidades del sistema

El objetivo de este apartado es resumir los distintos hallazgos de la investigación realizada, en tanto se relacionan con las deficiencias del sistema de persecución penal en los particulares delitos estudiados. El espíritu es el de destacar los principales problemas encontrados y sugerir algunas líneas de acción para resolverlos.

### III.A. Factores de ineficacia estructurales

La primera de las conclusiones es sin ninguna duda la existencia de factores de ineficacia e ineficiencia estructurales propios de un sistema de justicia penal de diseño inquisitivo. Varios de los entrevistados durante la investigación coincidieron en que con un diseño acusatorio muchos de los problemas en la persecución de este tipo de delitos complejos o de alta connotación social podrían ser resueltos con mejores herramientas.

Uno de los obstáculos más evidentes se halla en la imposibilidad de tomar decisiones en políticas de persecución penal cuando el director de la investigación es un juez de instrucción, por definición independiente y que no responde a ningún tipo de lineamiento estratégico institucional. Este contexto genera al mismo tiempo obstáculos para llevar adelante investigaciones eficaces. Un juez investiga el delito que le tocó de acuerdo al sistema de turnos, y es muy probable que ni siquiera se entere de que un

<sup>13</sup> Un nuevo informe de gestión de la Unidad, correspondiente al año 2010, da cuenta de los avances en el juzgamiento de los acusados por cometer crímenes de lesa humanidad durante la última dictadura militar, habiéndose condenado a 110 personas por estos delitos. Ver [http://www.mpf.gov.ar/ics-wpd/DocumentsWeb/LinksNoticias/Estado\\_Causas\\_Diciembre\\_2010.pdf](http://www.mpf.gov.ar/ics-wpd/DocumentsWeb/LinksNoticias/Estado_Causas_Diciembre_2010.pdf)

delito similar o con identidad en los autores se esté investigando en el juzgado de enfrente. Los jueces conocen un recorte muy pequeño de la realidad delictual, contexto altamente problemático cuando se trata de delitos complejos.

Parece claro que si una institución de las características y con las herramientas que tiene el Ministerio Público Fiscal tuviera las investigaciones penales a su cargo, muchos de estos problemas serían más sencillos de resolver.

Un factor en el que coincidieron todos los entrevistados y que se pudo también observar en los estudios de casos realizados en el marco de la investigación es el inagotable sistema recursivo presente en la etapa de instrucción. Casi todas las decisiones de los jueces en esta etapa, aun preliminares, pueden ser revisadas por las Cámaras de Apelaciones, e inclusive la práctica ha demostrado que hay decisiones que también se pueden recurrir ante la Cámara Nacional de Casación Penal y en ocasiones aun a la Corte Suprema. La multiplicidad de recursos genera grandes demoras que se agravan por la existencia del expediente como método de comunicación y de toma de decisiones, porque en muchas ocasiones las cámaras de apelaciones requieren de todo ese expediente para resolver, y los jueces sin el expediente aseguran que no pueden continuar las investigaciones. Las mayores demoras se encuentran en los procesamientos y en sus apelaciones, que en general manejan estándares más parecidos a las sentencias definitivas y su posterior revisión.

Como conclusión de esta debilidad del sistema, los expertos y aun los jueces coinciden en que cuando los imputados tienen abogados “medianamente buenos”, es bastante probable que logren que las causas prescriban sin que lleguen a juicio. La estrategia es entonces evitar el juicio y buscar la prescripción, en especial en casos de corrupción o criminalidad económica en los que los imputados no suelen estar en prisión preventiva; y el sistema es funcional a esa estrategia, o al menos jueces y fiscales se suelen mostrar impotentes. No es extraño entonces que el plazo promedio de duración de los procesos en este tipo de casos sea de 14 años.

Precisamente, las cámaras tienen demoras inusitadas para resolver las apelaciones (como ejemplo, el estudio del caso “Coimas en el Senado” demostró que la causa estuvo tres años en la Cámara de Apelaciones para resolver distintos recursos, un tercio de lo que demoró la instrucción de la causa). La explicación más simple se relaciona con la carga de trabajo que genera la innecesaria revisión de cada decisión que toman los jueces de instrucción. Ante esta realidad, y frente a la impotencia por las demoras en los juicios contra los responsables de los delitos de lesa humanidad cometidos durante el

terrorismo de Estado, el Poder Ejecutivo impulsó y el Congreso Nacional sancionó una reforma del régimen recursivo, previendo un proceso de decisión totalmente oralizado para las Cámaras de Apelaciones y de Casación Penal en todos los recursos que no fueran contra la sentencia definitiva de los tribunales orales.

Sin embargo, la ley fracasó en el ámbito federal por la resistencia de los jueces de llevarla a la práctica. A través de una serie de acordadas, cada una de las Cámaras de Apelaciones escapó al mandato legal (no así la Cámara de Casación). El Consejo de la Magistratura, por su parte, incumplió también el mandato legal que le imponía organizar oficinas para gestionar esas audiencias e implementar el sistema, lo que aportó un argumento más para que los jueces le escaparan a las audiencias.

De todas formas la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, con competencia sobre los delitos no federales que se cometen en la ciudad de Buenos Aires, sí aplicó la normativa con muy buenos resultados, a pesar de la carencia de implementación. Cada una de las decisiones se toman a través del sistema oral y los jueces deciden en el día, lo que generó que varias de las salas del tribunal no tengan casos pendientes y hayan desaparecido las demoras. Lo notorio es que esta Cámara tiene un volumen de casos mucho más amplio que las Cámaras federales, aunque es cierto que la Cámara Federal de la Ciudad de Buenos Aires lidia con algunos casos más complejos.

Actualmente en el ámbito federal solo se hacen las audiencias cuando las partes las solicitan, práctica que en general se limita a los casos por delitos de lesa humanidad en los que participan querrelas. Los fiscales no solo no solicitan las audiencias, sino que tampoco suelen participar cuando estas se realizan.

### III.B. La falta de posicionamiento institucional del Ministerio Público

A pesar de que el sistema de justicia penal federal en Argentina mantiene un diseño inquisitivo durante la etapa investigativa, se puede observar un interesante crecimiento de la incidencia del Ministerio Público Fiscal como director de las investigaciones como consecuencia de algunas reformas legislativas. Sin embargo, ese crecimiento no se evidenció en un incremento de su imagen institucional y social.

La sociedad, salvo en raras excepciones, no ha encontrado al MPF como una institución a la que reclamarle por la impunidad de los delitos, aun cuando se trate de un importante factor generador de inseguridad, al menos en el denominado plano

subjetivo. A pesar de la fortaleza a nivel institucional que tiene desde que la reforma constitucional le asignó un lugar extra poder, no se ha hecho cargo de ese espacio.

Si bien el diseño del proceso penal resulta un factor determinante, es notable que desde el Ministerio Público no se ha impulsado ningún intento de cambio, sino que más bien se ha defendido la estructura tradicional cuando surgieron conflictos. Desde los sectores políticos tampoco se pretendió que el Ministerio Público saliera de ese bajo perfil institucional, aun a pesar de que ello implica asumir como propios costos de malos resultados en este tipo particular de investigaciones penales.

### **III.C. La rigidez organizacional del Ministerio Público y la consiguiente creación de unidades con poco poder operativo**

La creación masiva de unidades temáticas en la órbita del MPF ha sido probablemente el proceso más interesante a nivel institucional. Sin embargo, no logró quebrar su rigidez organizacional. La creación y el funcionamiento posterior de las unidades fiscales parece atado fuertemente a dos factores: políticos por un lado y de capacidad de sus funcionarios por el otro. Es posible identificar una dinámica común:

La presión social y mediática sobre algún tipo de delitos se transforma en voluntad política en la órbita del Poder Ejecutivo de generar alguna forma de solución.

La voluntad política provoca la creación de las unidades fiscales, en algunos casos además con ayuda económica o edilicia de distintas agencias del Poder Ejecutivo.

Cuando la voluntad política sobre ese determinado tipo de delitos se sostiene y los funcionarios de esa unidad logran eludir los escollos de la estructura institucional, las unidades han mostrado buenos resultados. Lo contrario sucede cuando la emergencia política desaparece o merma.

Una conclusión incuestionable que surge de este tipo de funcionamiento es que la creación de las unidades fiscales es aceptada como la mejor estrategia institucional para ganar en eficacia en la investigación y persecución de este tipo de delitos que implican cierta complejidad.

Sin perjuicio de ello, el modelo de los “fiscales naturales” mantiene fuerza en sus resistencias. Por eso persisten los escollos institucionales, que deben ser sorteados por los funcionarios de las unidades a través de distintos mecanismos para manejar las investigaciones de manera informal, mientras que en lo formal sigue intacta la estructura tradicional del modelo inquisitivo.

Sin embargo, la estructura tradicional prevalece cuando no aparecen los incentivos necesarios y entonces se multiplican unidades especiales dentro de la Procuración General con poco poder operativo.

El conflicto entre los fiscales federales y el procurador general con la Fiscalía de Investigaciones Administrativas (FIA) mostró este conflicto -entre la rígida estructura tradicional y la conciencia de la mayor eficacia que implica la especialización- en su máxima expresión y se definió a favor de la estructura tradicional de organización inquisitiva del Ministerio Público. La resolución del Procurador que definió el conflicto dejó al descubierto una mirada conservadora sobre la organización y funciones del Ministerio Público, y dejó poco espacio para una flexibilización de la estructura organizacional mientras no haya un cambio legislativo.

### **III.D. La carencia de información sobre el funcionamiento del sistema**

El sistema, en general, no produce información de calidad sobre su funcionamiento. La Procuración General de la Nación produce datos más confiables que los del Poder Judicial y releva datos generales sobre los ingresos de denuncias al sistema penal, pero genera información incompleta sobre las salidas. Ninguna institución del sistema produce datos generales sobre los plazos de las causas ni indicadores algo más sofisticados.

El Poder Ejecutivo, por su parte, dejó de publicar las encuestas de victimización que realizaba desde hace años la Dirección de Política Criminal del Ministerio de Justicia, en lo que puede señalarse como una regresión en la materia.

Como se destaca en el próximo apartado, la información de mayor calidad la producen las unidades fiscales especializadas.

### **III.E. Factores que obstaculizan la investigación y persecución de la corrupción y otros delitos del poder**

Los factores de ineficacia estructurales se explotan al máximo en la investigación de delitos relacionados con la corrupción o con grandes factores de poder, en los que no solo no suelen existir incentivos políticos para la eficacia (con algunas excepciones en las que hay involucrados conflictos de poderes), sino que inclusive en algunos casos existen incentivos para la ineficacia, que no son más que prácticas corruptas hacia adentro del sistema de justicia penal. Un ejemplo de ello son las denuncias relacionadas con las irregularidades en el Cuerpo de Contadores Oficiales de la Corte Suprema, o en el Cuerpo Médico Forense.

Precisamente, el funcionamiento de los organismos de persecución y control de la corrupción y la criminalidad económica, así como los organismos periciales que deberían sustentar la persecución penal, dista de ser bueno. Tanto la Fiscalía de Investigaciones Administrativas como la Oficina Anticorrupción, la Unidad de Información Financiera y el Cuerpo de Contadores Oficiales de la Corte Suprema han estado bajo crítica por su falta de voluntad o capacidad para investigar, llegando a situaciones escandalosas como la desatada en la disputa por las facultades de la FIA entre el entonces fiscal nacional de Investigaciones Administrativas y el procurador general de la Nación, o la que llevó a la Corte a auditar a su Cuerpo de Contadores.

En términos generales la conclusión es la alarmante ineficiencia de un sistema que no muestra resultados positivos mientras que una gran cantidad de recursos del Estado se dedican a la investigación y persecución de la corrupción y la criminalidad económica: Fiscalías y Juzgados federales, la FIA, la Oficina Anticorrupción, la Unidad de Información Financiera, el Cuerpo de Contadores Oficiales y recientemente se suma una nueva Oficina de Coordinación en la Procuración General. Mientras que los resultados son una muy baja tasa de condenas sobre el total de casos ingresados (3,36 para los delitos contra la administración pública), ninguna denuncia de la FIA en cinco años logró llegar a juicio y poca mejor suerte tuvo la OA.

El mejor ejemplo de la impotencia de todo este sistema fue la resolución en noviembre de 2009 del proceso en el caso “IBM-Banco Nación”, que terminó luego de más de una década de proceso y en las puertas del juicio oral en un juicio abreviado con sentencias de condena en suspenso, y en un acuerdo para la restitución al Estado de parte del dinero que se había destinado a los sobornos, aunque estaba embargado y bajo control judicial. El caso “IBM-Banco Nación” muestra por un lado cómo el paso del tiempo opera como desincentivo para la persecución penal, ya que genera desinterés y olvido en la prensa y en la opinión pública; y al mismo tiempo la limita, ya que la posibilidad de prescripción funciona como un arma para las defensas. Por otra parte, muestra la incapacidad del sistema para organizar un juicio oral de cierta magnitud; parece poco probable que los 240 testigos citados antes de que se frustrara el debate fueran todos imprescindibles.

Los magistrados entrevistados señalaron como un problema adicional la falta de capacitación de los operadores del sistema penal federal para delimitar las investigaciones y para instruir con precisión el trabajo que deben hacer los peritos contadores.

Por otra parte, los entrevistados señalaron como un obstáculo la inexistencia de un cuerpo pericial completo y capacitado, y que sean las fuerzas de seguridad quienes continúan siendo los principales auxiliares de la justicia en las investigaciones. Por supuesto, mientras no haya una reforma integral del sistema de justicia penal federal resulta más compleja la organización de una institución de esas características, así como una decisión sobre su dependencia orgánica.

La ausencia de mecanismos eficientes de control y sancionadores en el ámbito administrativo es otro de los obstáculos estructurales que aparecen para el éxito de la persecución penal de la corrupción. Así, la fuente de las denuncias suelen ser arrepentidos o la prensa, y no un sistema administrativo que haya trabajado mejor la denuncia, lo que en parte condiciona sus resultados.

### III.F. La falta de coordinación de las fuerzas de seguridad en su función investigativa

Los relatos de los entrevistados demostraron que cada juez de instrucción o fiscal tiene que encontrar sus propios investigadores auxiliares, que tienen libertad para hacerlo, y que las fuerzas de seguridad operan con una interesante flexibilidad difícil de encontrar en las agencias jurídicas. Sin embargo, al mismo tiempo es la muestra de la falta de institucionalidad, que es consecuencia de la descentralización de la política de persecución penal en un número igual a la cantidad de jueces. Sin dudas, implica una distribución ineficiente de la carga de trabajo para las fuerzas de seguridad, que deben responder a decenas de jefes.

Fuerzas de seguridad que dependen de un mismo Ministerio cuentan con unidades con idéntico propósito por lo que de alguna manera compiten entre sí. Este tipo de competencia se pudo observar también entre las fuerzas de seguridad federal y las de las provinciales.

## IV. Buenas prácticas

Similar al anterior en el que se destacaban los distintos obstáculos hallados, el objetivo de este apartado está orientado a sacar algunas conclusiones de esta investigación con la intención de identificar buenas prácticas que, eventualmente, puedan ser replicadas o que, en el mejor de los casos, sirvan de guía para un proceso de reforma de mayor magnitud.



#### IV.A. Las unidades temáticas del Ministerio Público y la generación de información de calidad

Algunas de las unidades temáticas dentro del Ministerio Público Fiscal han fortalecido al sistema al generar información de calidad sobre los delitos bajo su órbita. Esa información ha sido en general recolectada con miras a dos fines: como insumo para las propias investigaciones, es decir para estudiar patrones delictivos y unir casos particulares en maniobras más globales (UFASE); o como forma de dar cuenta de la eficacia (o ineficacia) en la persecución, un mecanismo de control que aparece en la Unidad de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los derechos humanos.

#### IV.B. Las prácticas investigativas desarrolladas por la UFASE

La Unidad Fiscal que investiga secuestros extorsivos y trata de personas logró a través de convenios con distintos organismos públicos y privados obtener bases de datos que pueden ser consultadas en línea y cuyos datos pueden ser entrecruzados. De esta manera, se puede identificar personas (domicilio, teléfono, otros datos de interés); establecer vínculos familiares y comerciales; actividades laborales; situación financiera; participaciones en sociedades e información vehicular. También se puede contar con información sobre antecedentes penales, fichas dactilares, fotos e información filiatoria de los registros de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, introducción de tarjetas en cajeros automáticos, existencia o no de cámaras de seguridad en determinado lugar de la ciudad de Buenos Aires.

Es un cambio drástico si se lo compara con el procedimiento que aún siguen utilizando el resto de los Juzgados y Fiscalías federales, que solicitan esta información a través de oficios. Buena parte de las demoras de las investigaciones judiciales obedecen a estos obstáculos. Los oficios suelen demorar en ser contestados, o las respuestas no coinciden con la información requerida y deben ser reiterados con aclaraciones. Es común en los juzgados enviar los oficios sin siquiera realizar llamadas telefónicas previas para corroborar la existencia de la información. Se trata ni más ni menos que una investigación a través de trámites, en contraposición a una investigación estratégica. La importancia de las metodologías investigativas de la UFASE cobran aún mayor relevancia en casos como los de los secuestros o la trata de personas, en los que la vida de las víctimas corre peligro y el tiempo es esencial. Se trata, sin ningún lugar a dudas, de un sistema que

merecería ser replicado hacia adentro del Ministerio Público Fiscal, e inclusive en los juzgados<sup>14</sup>.

Otra herramienta interesante para la investigación que desarrolló la UFASE ha sido la elaboración de un instructivo para la detección de las huellas que dejan las llamadas telefónicas, que suelen ser útiles tanto para el esclarecimiento de los hechos como para la identificación de los autores, no solo en los casos de secuestros y trata de personas. La Procuración General distribuyó el instructivo a todos los fiscales federales del país.

#### IV.C. La flexibilidad en las investigaciones policiales por homicidios

De las investigaciones sobre los homicidios, resulta interesante destacar la flexibilidad en la organización de División Homicidios de la Policía Federal. En este sentido, la División está organizada en equipos (brigadas) y los casos se asignan de acuerdo a la carga de trabajo y de aptitudes personales. Inclusive, en algunos casos los miembros de otras brigadas colaboran o acompañan en procedimientos a otra siguiendo como guía las capacidades para alguna investigación específica.

Por otro lado, es posible diferenciar la investigación policial en este tipo de delitos de la típica investigación judicial basada en el libramiento de oficios y en el trámite. La División realiza investigación de campo y parece estar orientada estratégicamente.

También aparece como interesante la coordinación de tareas con otras divisiones de la policía en la investigación de los homicidios. En lo técnico con la División Criminalística y en lo operativo con unidades como el GEOF o el GE1.

En aquellos casos en los que se investigan homicidios con autor desconocido, y que por lo tanto la dirección de la investigación se encuentra en manos de las Fiscalías, se pudo comprobar la división del trabajo en la investigación entre la Policía y la Fiscalía, y al mismo tiempo cómo el juez adquiere un exclusivo rol de garantía de los derechos del imputado al poner límites a la investigación policial.

#### IV.D. La clara definición de una política de persecución penal a través de la Unidad de Coordinación de causas por violaciones a los derechos humanos

A pesar de los inicios anárquicos con la reapertura de los juicios por los delitos cometidos en el

<sup>14</sup> Donde los abogados que llevan adelante las investigaciones ni siquiera tienen acceso a Internet, y deben pedir prestados los accesos de los jueces o secretarios.

marco del terrorismo de Estado, es notable cómo en la persecución penal de este tipo de delitos se logró delinear una estrategia en algo más de dos años. A partir de un estudio diagnóstico la Unidad fiscal pudo elaborar un plan de trabajo que fue sostenido por el procurador y que respondió a una ya larga voluntad política del Poder Ejecutivo. A pesar de las dificultades que impone el sistema procesal, el trabajo de la Unidad fue ingenioso para encontrar respuestas en distintas jurisdicciones con realidades también muy distintas. De hecho, el modelo fue tomado por la Procuración durante 2009 para otras Unidades ya existentes como una manera de conseguir algunos resultados sin tener que modificar su rígido sistema organizacional.

#### **IV.E. El control de las víctimas y de la sociedad civil como motor de la persecución penal en casos de alta connotación social**

Todos los delitos estudiados en el marco de este trabajo, además de su alta connotación social, tienen en común la trascendencia que ha tenido la sociedad civil organizada en el impulso de las investigaciones y de la persecución penal.

El caso más notable es el de los organismos de derechos humanos (muchos de ellos organizados por familiares de las víctimas) en los casos por delitos cometidos durante el terrorismo de Estado, que impulsaron los procesos aún cuando estaban cerrados por las leyes de obediencia debida y punto final. Pero al mismo tiempo cumplieron un rol fundamental en la obtención, organización y sistematización de diversas pruebas. Su trabajo fue central ya al recuperarse la democracia para nutrir a la Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas (Conadep), cuya recopilación es central en los juicios que se están llevando adelante. Y la presión política y a través del litigio durante años fue esencial para la derogación y anulación de aquellas leyes de amnistía. Los organismos de derechos humanos inclusive han aportado a la justicia pruebas para la localización de prófugos y para la identificación de imputados que se conocían solo a través de nombres falsos.

En los casos de corrupción y criminalidad económica, dos organizaciones de la sociedad civil han logrado mantener en la agenda pública casos de corrupción que de otra manera habían quedado en el olvido. Además, a través de la elaboración de bases de datos y de estadísticas, pudieron mostrar la alarmante ineficacia del sistema en la investigación de este tipo de delitos que el sistema se esmera en ocultar. Ambas organizaciones han dado desde hace algunos años una importante batalla contra muchos jueces para acceder a los expedientes de los casos, como una manera de control de la sociedad, indispensable además para la recopilación de información.

La ola de secuestros extorsivos que coincidió con la crisis económica y social que estalló a comienzos de la década generó por sí sola una alarma social que movilizó al poder político, a las fuerzas de seguridad y a las instituciones judiciales. Sin embargo, aún polémico, esa alarma social fue canalizada durante varios años por Juan Carlos Blumberg, quien convocó a una multitudinaria movilización en reclamo de justicia por el secuestro y asesinato de su hijo y propuso y provocó una serie de reformas legislativas. Inclusive, su presión pública a favor del juicio por jurados tuvo éxito en la provincia de Córdoba.

La organización y movilización de las Madres del Dolor y de las Madres del Paco también generaron presión a favor de una persecución penal más eficaz de los homicidios, en especial de aquellos en los que las víctimas pertenecen a los sectores más humildes. ■



## Mauricio Duce J.

Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales y Director de Programas del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA).

# Desafíos en la persecución de delitos comunes en Chile: reflexiones a partir de una investigación empírica<sup>1</sup>

## 1. Introducción

El objetivo del presente trabajo es presentar algunas reflexiones sobre los principales desafíos que debiera enfrentar la persecución penal de delitos comunes en Chile para los próximos años.<sup>2</sup> Mi exposición se estructura a partir de una investigación realizada por el académico peruano Luis Pásara denominada “Claroscuros en la reforma procesal chilena: el papel del Ministerio Público”.<sup>3</sup> Se trata

de una investigación empírica realizada en el año 2007 cuyo objetivo fue tener una mirada general del funcionamiento del Ministerio Público chileno en la persecución de delitos. Este trabajo incluyó como elementos de análisis empírico una revisión de carpetas de casos archivados de una de las Fiscalías Regionales Metropolitanas de Santiago (Centro-Norte). Analizó los datos estadísticos generales acerca del funcionamiento del Ministerio Público en Chile e incluyó un conjunto de entrevistas a expertos, entre los que se incluyeron fiscales, jueces y académicos vinculados a la reforma.

Cabe destacar que se trata de una investigación que presenta cierto desfase en la actualidad en cuanto a las cifras con las que se trabajó ya que se incluyen como datos más recientes los del primer semestre del año 2007 y las entrevistas cubren el trabajo del sistema en dicha época. Se trata de un factor importante

1 Este artículo se basa en una ponencia presentada por el autor en el seminario “Actuales desafíos para el Ministerio Público en la persecución penal” realizado en la ciudad de Santiago, Chile, el 27 de julio de 2010 y organizado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), la Fundación Paz Ciudadana y la Fiscalía Nacional del Ministerio Público de Chile. El autor agradece a Ricardo Lillo, abogado del Centro de Estudios de Justicia de las Américas por su ayuda en la elaboración de esta versión. El trabajo mantiene el tono propio de una ponencia.

2 Para los efectos de este trabajo se entiende por delitos comunes a los delitos convencionales que no presentan mayores dificultades investigativas y que representan los ingresos más habituales y masivos en nuestro sistema procesal penal. Incluyo dentro de ellos los delitos de hurto, robo (violento y no violento), lesiones, amenazas y un conjunto de hechos de menor entidad que conoce el sistema. No se trata de una definición dogmática sino más bien una que intenta reflejar el mundo de los casos masivos que conoce el sistema. Sólo considerando las primeras cuatro categorías mencionadas, estos delitos representaron más del 60% de los ingresos del Ministerio Público en Chile desde el inicio de la reforma hasta el 31 de diciembre de 2009. Véase Ministerio Público, *Boletín Estadístico*, año 2009, pág. 61.

3 Una publicación de la misma puede verse en el libro *Crimen e inseguridad: políticas, temas y problemas en las Américas*, Ca-

talonia/FLACSO, Santiago, 2009, páginas 299 a 338. Una versión electrónica del mismo puede encontrarse en *Serie de Documentos Electrónicos* n° 4, junio 2009, FLACSO-Chile, 35 páginas en [http://issuu.com/flacso.chile/docs/de3\\_2009syc](http://issuu.com/flacso.chile/docs/de3_2009syc) (última visita en el mes de septiembre de 2010). Finalmente, puede escucharse una entrevista realizada por el autor de la investigación en el podcast “CEJA y la Actualidad Judicial n° 10” de mayo de 2010 en <http://www.podcaster.cl/2010/06/ceja-y-la-actualidad-judicial-10> (última vez visitada en septiembre de 2010). Para los efectos de este trabajo citaré la versión publicada en versión electrónica por FLACSO-Chile por ser la de mayor acceso público. En consecuencia, las citas al trabajo deben entenderse hechas a este texto.

a tener en cuenta ya que en los tres años transcurridos desde esa fecha el sistema procesal penal chileno ha seguido en pleno proceso de evolución y asentamiento. Por otra parte, en el período transcurrido, el propio Ministerio Público ha emprendido diversas políticas institucionales que cambian el panorama de análisis haciéndose cargo de varios de los elementos mencionados en el trabajo. Tal vez la más significativa que puede citarse es el desarrollo de su Plan Estratégico 2009-2015.<sup>4</sup> Con todo, más allá de estas limitaciones, el estudio contiene hallazgos muy interesantes que debieran llevarnos a una reflexión respecto de los aspectos de fondo que se plantean. Eso es lo que pretendo hacer en este trabajo.

En esta dirección, el presente trabajo se divide en dos partes. En la primera analizo los tres hallazgos del estudio que me parecen más significativos y que considero representan problemas vigentes en Chile para la persecución penal de los delitos comunes. En la segunda parte, presento algunas reflexiones personales motivadas por el estudio pero que no son necesariamente desarrolladas en forma sistemática por el mismo. En ambos casos incluyo antecedentes empíricos actualizados sobre el funcionamiento del sistema en Chile. Con esto pretendo contribuir al enriquecimiento del debate en la materia ya que me parece que no obstante los importantes logros que el Ministerio Público chileno puede exhibir en el área, aún es posible pensar que estos resultados podrían ser mejores.

## 2. Los principales hallazgos del estudio

Como señalaba en forma precedente, me parece que el estudio presenta tres hallazgos principales que son relevantes de discutir en relación a los desafíos que en la actualidad presenta la persecución penal de delitos comunes en Chile. El primero de estos hallazgos se refiere a la inexistencia de una política de persecución penal, el segundo aborda el énfasis excesivo en el logro de metas e indicadores de carácter cuantitativo y el tercero trata sobre un conjunto de deficiencias que tendría el sistema en el tratamiento de la habitualidad.

### 2.1. Inexistencia de una política de persecución penal

Un primer punto que destaca del trabajo de Pásara se refiere a lo que él identifica como la

inexistencia de una política de persecución penal en Chile.<sup>5</sup> El investigador constata que una de las promesas que se hizo en la mayoría de los países de la región al establecer el nuevo modelo de persecución penal era que la decisión de traspasar la persecución desde el juez instructor al Ministerio Público, esto es a una institución unitaria y de carácter nacional, permitiría el desarrollo de una política de persecución penal conocida y controlable por todos. Sin embargo, lo que se constata es que tanto en América Latina como en Chile, no ha sido posible desarrollar esta política en términos tales. Es decir, una estrategia con objetivos político-criminales claros, con priorización de recursos, sistemas de evaluación, etc.

Si bien en Chile el Ministerio Público ha desarrollado un conjunto de instructivos, oficios, metas, planes de desarrollo estratégico, que son un avance importante, no hay una política que defina las razones y las prioridades de la persecución penal y que sea objeto de debate público. Esto ocurre muy especialmente respecto de la persecución de delitos comunes, ya que respecto de los delitos complejos, en los cuales hay un impacto o atención del público, es donde podemos encontrar algo que se asemeja más a una política de persecución penal.<sup>6</sup> En palabras de Pásara: “La institución no ha elaborado formulaciones más allá de lo establecido en el C.P.P –los instructivos y Oficios del Fiscal Nacional han renunciado a esa tarea-, dejando en manos del fiscal regional, del fiscal jefe o del fiscal a cargo del caso, la posibilidad de desarrollarlas”.<sup>7</sup>

No se trata de una cuestión puramente académica o teórica, sino que la falta de esta política produciría un cierto vacío en cómo la Fiscalía administra su poder el cual quedaría entregado a cada fiscal a cargo de los casos. Esto genera una serie de problemas para el funcionamiento del sistema que son identificados en la investigación en análisis:

- **Variedad y dispersión en los criterios de selección de casos:** Pásara constata que hay una variedad y dispersión de criterios para desestimar los casos, es decir, básicamente, que cada fiscal o Fiscalía muy autónomamente adoptaría criterios para realizar este trabajo que no necesariamente son equivalentes unos a otros. Es

4 El detalle de este puede ser revisado en: [http://www.fiscaliadechile.cl/repositoriominpu/Archivos/minpu/documentos/Plan\\_Estrategico\\_2009\\_2015.pdf](http://www.fiscaliadechile.cl/repositoriominpu/Archivos/minpu/documentos/Plan_Estrategico_2009_2015.pdf) (última visita en septiembre de 2010)

5 Este punto es mencionado en la página 27 del trabajo que estoy citando y también explicado con detalle en la entrevista realizada en el podcast de CEJA.

6 En este sentido puede verse por ejemplo “Programa de persecución a las organizaciones criminales para el narcotráfico: la nueva estrategia que cambiará el paradigma de las investigaciones”, en *Revista Fiscalía* año 3 n° 1, agosto de 2010, págs. 4 y 5.

7 Luis Pásara, *Op. Cit.* pág. 27.



necesario señalar, sin embargo, que hoy en día hay avances importantes en este punto producto de una metodología de trabajo impuesta por el Ministerio Público a la que me referiré un poco más adelante.

- **Arbitrariedad en la elección de salidas del sistema:** la falta de una política de persecución también se traduciría en mayores espacios para la arbitrariedad en la elección de salidas o términos del sistema. No estoy hablando necesariamente de una salida que suponga la desestimación de un caso, sino que incluyo situaciones que si bien tienen un perfil que permitiría eventualmente pensar que el caso podría llegar a una sentencia (o incluso a una salida alternativa como la suspensión condicional del procedimiento), como por ejemplo en aquellos casos en que hay una víctima muy activa, se decide ir a una salida del sistema de la naturaleza de un principio de oportunidad, es decir, una facultad discrecional.<sup>8</sup> Entonces, el cuestionamiento que surge en este punto tiene que ver con establecer cuál es el criterio que orienta la selección de dichas salidas, ya que según Pásara la revisión de casos y las opiniones entregadas por los actores le permiten formarse la idea que parece ser algo arbitraria la forma en que se decide uno y otro caso.
- **Incentivos para perseguir lo más fácil:** por último, el investigador constata que la falta de una política de persecución produce incentivos perversos en términos de focalizar la persecución penal en aquellos casos en que resulta fácil concluir (por ejemplo delitos sin ninguna importancia o que están esclarecidos desde el inicio de la persecución penal como los flagrantes) o, en terminar los casos de la vía más simple, aún cuando no necesariamente la más adecuada

8 El Código Procesal Penal Chileno establece un sistema en donde el principio de legalidad procesal constituye la regla general (art. 166 inciso segundo) pero en el que se admiten diversas excepciones similares a las recogidas en la mayoría de los códigos reformados de América Latina. Dentro de estas excepciones se encuentran tres facultades discrecionales que le permiten al fiscal prescindir de la persecución penal en forma temprana cuando: a) el hecho denunciado no es constitutivo de delito o la responsabilidad penal se encuentra extinguida (art. 168 que regula la denominada facultad de no iniciar la investigación); b) los antecedentes del caso no permiten proyectar una persecución penal con mínimas probabilidades de éxito (art. 167 que regula la facultad denominada archivo provisional); y c) el hecho no comprometiére gravemente el interés público y se tratare de un delito penado con penas bajas (art. 170 que regula el denominado principio de oportunidad). Una revisión detallada de la regulación legal de estas instituciones puede verse en Mauricio Duce y Cristián Riego, *Proceso Penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, págs. 177 a 216.

socialmente (por ejemplo por vía de una negociación en la cual el fiscal disminuye muy fuertemente las expectativas de lo que podría lograr como consecuencia de llevar el caso a un juicio). Volveré más adelante sobre este último punto.

Este conjunto de problemas descritos asociados a la falta de una política de persecución penal tienen especial impacto en la persecución de los delitos comunes. Pásara señala, refiriéndose a la definición de objetivos de persecución del Ministerio Público, que en ella “no parece reconocerse prioridad a los delitos menores que, como se ha observado antes, probablemente son los que más contribuyen a la sensación de inseguridad”.<sup>9</sup>

## 2.2. El excesivo énfasis en las metas cuantitativas

El segundo núcleo crítico que se identifica en el estudio, es lo que se denomina como el excesivo énfasis en las metas cuantitativas.<sup>10</sup>

Antes de entrar al punto que aborda el estudio vale la pena señalar algo que, por obvio que parezca, es necesario insistir. El hecho de que una institución como el Ministerio Público se plantee la existencia de un conjunto de metas cuantitativas como logros de su trabajo constituye en mi opinión una cuestión muy importante. Es decir, hoy en día no parece posible administrar una institución pública con un poder y una función tan importantes como los que tienen los fiscales sin que existan metas e indicadores que deben tener un correlato cuantitativo específico y concreto. En Chile esto parece obvio, pero lo cierto es que en muchos países de la región aun se discute el hecho de que la justicia o todas las instituciones vinculadas a la justicia trabajan con bienes inmateriales que no pueden ser medidos en números y, por lo tanto, no es posible diseñar indicadores o metas numéricas. Esto sería casi una herejía para una función como la administración de justicia.<sup>11</sup>

A partir de lo expuesto, me parece que la investigación en análisis reconoce que la existencia de metas e indicadores cuantitativos ha sido un factor o uno de los catalizadores que ha permitido al Ministerio Público chileno desarrollar los altos niveles de gestión que tiene hoy en día. Sin embargo,

9 Luis Pásara, *Op. Cit.*, pág. 27.

10 Se trata de un tema desarrollado preponderantemente en páginas 2 a 11 del trabajo ya citado.

11 En otro trabajo he identificado con más detalle este mismo problema. Véase Mauricio Duce y Cristián Riego, *Desafíos del Ministerio Público Fiscal en América Latina*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Santiago, 2006, págs. 50 a 52.

obviamente las metas -y este es el punto que se enfatiza en el estudio- tienen otra cara, lo que se podría llamar un efecto perverso. Es decir, cuando las metas cualitativas se constituyen en el único o muy principal indicador de medición de resultados y de premio al trabajo de los fiscales, ello puede generar un conjunto de incentivos perversos para el logro de los objetivos finales del sistema. Del estudio surgen algunos ejemplos.

En primer lugar, estas metas establecen el incentivo por investigar lo más fácil, y no necesariamente lo socialmente más relevante, fundamentalmente porque es más importante para el actor concreto lograr la meta de gestión que, en muchos casos, obtener una solución de calidad en los casos específicos. En otras palabras, la meta cuantitativa establece un fuerte incentivo para su logro sin que necesariamente su resultado refleje un trabajo de efectiva calidad. Esto debido a que normalmente estas metas se asocian un conjunto de beneficios al logro de las mismas (por ejemplo bonos de productividad).

La situación descrita ocurre cuando, por ejemplo, se busca terminar casos para cumplir con la meta institucional a pesar de que el término escogido para el caso específico sea el de peor calidad que podía entregar el sistema (por ejemplo privilegiar una desestimación temprana como el archivo provisional por sobre una sentencia obtenida en un juicio oral).

Luego, Pásara pone atención en lo que él llama el paradigma de la flagrancia como eje central de la persecución penal.<sup>12</sup> Es decir, la idea que lo que debe perseguirse prioritariamente es el caso flagrante en desmedro de casos potencialmente aclarables por el sistema con un trabajo investigativo de parte del Ministerio Público y la policía.

Sobre este punto Pásara muestra que las cifras del Ministerio Público arrojan que hay un porcentaje importante de casos con sentencia que no provienen de una flagrancia. Por tanto, su crítica no se dirige tanto al resultado final (efectivamente los datos del sistema parecieran demostrar que se persigue bastante más que la pura flagrancia), sino al paradigma que se ha instalado en la cultura de los fiscales de entender que la flagrancia constituye el núcleo central de su trabajo. Ello lleva a una cierta desatención en el esto de los casos, particularmente tratándose de delitos comunes que son objeto de este trabajo.

Un tercer ejemplo, el que me parece más problemático, es lo que se constata en el estudio y podría identificarse como un uso amplio de la negociación.

Si bien en principio el que los mecanismos de negociación previstos por la legislación procesal penal sean usados intensamente no es problemático per se, el punto que destaca el trabajo es que este uso intenso se realiza en casos en donde los fiscales negocian muy por debajo de sus posibilidades legales o con un ablandamiento extremo de su postura.<sup>13</sup>

Como la negociación ofrece al fiscal una oportunidad para llegar a una solución más fácil, este tendrá muchos incentivos para negociar. Primero, porque le permitirá llegar a una solución que lo premiará mejor en términos del cumplimiento de las metas. Segundo, porque implica un camino con mucho menos desgaste de recursos y de su propio tiempo. Como se señaló con anterioridad, esto en principio no es necesariamente negativo, pero sucede que hay un espacio demasiado grande que genera situaciones que socialmente no son óptimas. Por ejemplo, en juicios simplificados y procedimientos abreviados a veces hay ablandamientos muy fuertes en términos del tipo penal que se imputa por parte del fiscal para poder llegar a la aplicación de esos procesos más sencillos.<sup>14</sup> El fiscal para poder llegar a los máximos de penas que exigen estos procedimientos especiales busca calificar jurídicamente el caso con un tipo penal que tiene asociada menor pena. Si bien algunas veces esto tiene que ver con problemas probatorios que tiene el Ministerio Público, sabemos de casos en que delitos contra la propiedad como robos o hurtos terminan calificados como receptaciones por este motivo, lo que obviamente constituye un sub óptimo de lo que debería hacerse. Lo que sucede es que, si bien en muchas ocasiones esto constituía la mejor opción de persecución, en la mayoría de los casos no sabemos si

<sup>13</sup> Véase Luis Pásara, *Ob. Cit.*, págs. 14 a 19.

<sup>14</sup> En Chile el procedimiento simplificado se encuentra regulado en los artículos 388 y siguientes del Código Procesal Penal. Se aplica tratándose de faltas y simples delitos en los que la pena requerida por el fiscal no exceda de 540 días de privación de libertad. En dicho procedimiento se estipula la posibilidad de que el imputado admita su responsabilidad, lo que permite fallar el caso al juez de garantía sin necesidad de realizar un juicio. Más detalles sobre este procedimiento puede revisarse Rafael Duran, *Procedimiento simplificado y monitorio en el Código Procesal Penal Chileno*, Librotecnia, Santiago, 2009. El procedimiento abreviado (regulado en los artículos 406 y siguientes del Código Procesal Penal), en cambio, procede en todos los casos en que el imputado y el fiscal acuerden proceder de esa forma con el límite que la pena requerida por el fiscal no supere los 5 años de privación de libertad. El imputado debe aceptar los hechos formulados por el fiscal en la acusación y renunciar a que su caso sea fallado en un juicio oral. El caso se resuelve en una audiencia en donde el juez de garantía considera como la prueba el reconocimiento realizado por el imputado y los antecedentes compilados por el fiscal durante la investigación. Más detalle sobre este procedimiento puede revisarse Carlos Del Río, *Proceso penal, consenso de las partes y enjuiciamiento jurisdiccional*, Librotecnia, Santiago, 2009.

<sup>12</sup> Véase Luis Pásara, *Ob. Cit.*, págs. 11 a 14.

realmente la decisión del fiscal concreto es adoptada efectivamente para potenciar o maximizar las posibilidades de la persecución penal o si ella surge presionada o incentivada por los estímulos que el sistema le entrega por solucionar rápido el caso.

Otras veces, el ablandamiento en la postura negociadora del fiscal viene con el tipo de penas que se oferta o el tipo de penas que se negocia. Muchas veces el fiscal no hace un trabajo de recalificación jurídica, sino que se mueve dentro de los márgenes amplios de determinación de pena que deja nuestro sistema en varias categorías de delitos. Si a esto se suma el impacto que tiene la Ley n° 18.216<sup>15</sup> sobre medidas alternativas a las penas privativas de libertad, termina produciéndose en muchos casos una solución muy ablandada en cuanto a la pena impuesta en comparación de lo que podría ser una expectativa objetiva si se analiza el tipo penal, y para qué decir la expectativa social que existe respecto de estos temas. Casos que teóricamente podrían ser sancionados con una pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo, terminan siendo sancionados con una privación de libertad de menor duración y sustituida por una pena de cumplimiento en libertad como la remisión condicional o la libertad vigilada.

Relacionado con esto, en otras ocasiones el ablandamiento del fiscal proviene de lo que se podría llamar como el “escamoteo de circunstancias agravantes”, es decir, casos en que se termina por favorecer al imputado en una negociación cuando eventualmente se estaría fuera de ella si es que se fuera más estricto en la aplicación de estas circunstancias modificatorias de responsabilidad penal. El fiscal derechamente no muestra los antecedentes que podrían dar lugar a agravantes y por esa vía ofrece una pena más baja que la que se podría obtener legalmente en el caso. En la dirección contraria, algo similar ocurre cuando el fiscal se manifiesta muy abierto a reconocer la concurrencia de circunstancias atenuantes que serían discutibles en el caso.

En el caso de la suspensión condicional del procedimiento, que también constituye un espacio de negociación importante para los fiscales<sup>16</sup>, el pro-

blema que surge del estudio como preocupante es la ampliación en el uso de las mismas sin contenidos muy concretos de control. Es decir, ello genera un uso de la suspensión condicional del procedimiento con fines puramente de descongestión de la carga de trabajo (como mecanismos de desestimación de casos) y sin una finalidad político criminal orientada a buscar una solución de mejor calidad en el caso concreto. El problema es que una suspensión con fines puramente de descongestión aparece en las metas del sistema como una solución de calidad, aun cuando en ese caso concreto es muy discutible que lo sea. Nuevamente, el problema es que se deja a los fiscales un espacio importante de negociación que les permite incrementar sus resultados para exhibir un indicador de calidad más alto, pero en donde la práctica demuestra que la salida presenta una calidad equivalente a la de una desestimación temprana porque lo que termina por imponerse es una suspensión extremadamente blanda desde el punto de vista del régimen de control que se impone.

Una pregunta interesante es si estos hallazgos mencionados del estudio tienen algún correlato empírico en la realidad actual del funcionamiento del Ministerio Público en Chile. Responder esta pregunta en detalle supondría hacer un trabajo empírico bastante extenso que excede las posibilidades de este artículo. Con todo, me parece que la revisión de algunos datos generales arroja algunas pistas que tienden a ratificar la veracidad y actualidad de los puntos expuestos o al menos establecer indicios que ellos existen. En la tabla n° 1 se contiene el resumen de los términos utilizados por el Ministerio Público en dos categorías: términos judiciales<sup>17</sup> y no judiciales<sup>18</sup> entre los años 2004 a 2009. Debe señalarse que en principio los términos judiciales involucrarían a las decisiones de mayor calidad del sistema.

objeto de condenas anteriores ni tenga vigente otra suspensión, paralizar el procedimiento por un período de control sujeto a un conjunto de condiciones que en caso de cumplirse producen el efecto de extinguir la responsabilidad penal.

<sup>15</sup> La Ley n° 18.216 del año 1983 estableció tres medidas sustitutivas a las penas privativas de libertad en Chile: la remisión condicional de la pena, la libertad vigilada y la reclusión nocturna. En general ellas operan en casos de condenados a penas inferiores a los cinco años de privación de libertad y que no cuentan con condenas previas. Una revisión panorámica de estas instituciones puede verse en VV.AA, *Medidas alternativas a la reclusión*, Fundación Paz Ciudadana, Santiago, 1998, págs. 131 a 168.

<sup>16</sup> Se encuentra regulada en el artículo 237 del Código Procesal Penal y permite, en casos en que la pena fuera posible aplicar no supere los tres años de libertad y el imputado no haya sido

<sup>17</sup> En estos se incluyen las sentencias definitivas emanadas de todos los procedimientos del sistema (incluyendo el ordinario, el simplificado, el abreviado y el monitorio), la suspensión condicional del procedimiento, los acuerdos reparatorios, los sobreseimientos (temporal y definitivo) y la facultad de no iniciar la investigación.

<sup>18</sup> Estos incluyen los archivos provisionales, la decisión de no perseverar, el principio de oportunidad y las incompetencias. La decisión de no perseverar (regulada en el artículo 248 letra c del Código Procesal Penal) procede cuando una vez cerrada la investigación por el fiscal éste considera que no ha reunido antecedentes suficientes para fundar una acusación que permita llevar el caso a juicio oral.



**Tabla n° 1**  
**Términos del MP agrupados en salidas judiciales y no judiciales años 2004 a 2009**

Año	Judiciales	No judiciales
2004	30,5%	69,5%
2005	33,8%	66,2%
2006	36,3%	63,7%
2007	37,9%	62,1%
2008	39,3%	60,7%
2009	41,3%	58,4%

Fuente: elaboración propia a partir de los Anuarios Estadísticos del Ministerio Público

Desde el año 2006, que es desde donde comienza el funcionamiento real de la reforma ya que es el primer año completo de aplicación con carácter nacional, se puede constatar una tendencia positiva, paulatina en el tiempo, en el aumento de los términos judiciales y disminución en forma paralela de los términos no judiciales. Sin embargo, esta es una cifra muy gruesa, que dice muy poco, por lo que es necesario tener los porcentajes de términos según las principales causales de término excluyendo las sentencias definitivas y otras categorías como las incompetencias, colocando, por así decirlo, el núcleo central de las salidas judiciales y no judiciales. La tabla n° 2 avanza en esta dirección.

**Tabla n° 2**  
**Porcentajes de casos terminados por el Ministerio Público por principales causales de término (sin incluir sentencias definitivas) años 2006 a 2009**

	2006	2007	2008	2009
Archivo provisional	48,7%	46,4 %	45,6%	45,7 %
Oportunidad	11,0 %	11,5 %	11,3%	8,6 %
Facultad no iniciar	10,6 %	8,4 %	8,7%	8,5 %
Acuerdo reparatorio	1,3 %	1,4 %	1,4%	1,4 %
Suspensión condicional	9,1 %	12,0 %	11,6%	12,3 %
Decisión no perseverar	1,9%	2,7 %	2,7%	2,9 %
Sobreseimientos	3,6 %	3,0 %	3,1%	3,5 %

Fuente: elaboración propia a partir de los Anuarios Estadísticos del Ministerio Público

También aquí pueden verse avances y tendencias interesantes, como por ejemplo, que ha habido un claro esfuerzo por reducir el uso del archivo provisional, manteniéndose hoy en día en una tasa cercana al 45%, menos de lo que había en el año 2006. De la misma forma, una misma tendencia existe

respecto del principio de oportunidad, que ha tenido una baja muy significativa, tal como ocurre también con la facultad de no iniciar investigación.

Sin embargo, en la otra cara, puede verse que efectivamente las suspensiones condicionales se han incrementado en una tasa importante, así entre los años 2006 y 2009 hay un incremento de prácticamente un tercio ya que se pasa de un 9,1% el año 2006 a un 12,3% el año 2009, es decir un aumento de 3,2%, superior al 33%. Esto tiende a ratificar que se está ampliando el margen de negociación. Por otra parte, las bajas apuntadas en el uso del principio de oportunidad y la facultad de no iniciar se compensan con el aumento en el tiempo de los casos en donde los fiscales utilizan la decisión de no perseverar y con los sobreseimientos, que se han mantenido estables en el período descrito.

A continuación, en la tabla n° 3, veremos las cifras relativas al porcentaje de casos que concluye con sentencias definitivas.

**Tabla n° 3**  
**Porcentaje de casos terminados por sentencias definitivas (2006-2009)**

	2006	2007	2008	2009
Sentencia condenatoria	11,5 %	12,9 %	14,2 %	15,5 %
Sentencia absolutoria	0,2 %	0,3 %	0,3 %	0,3 %
Total sentencias	11,7 %	13,2 %	14,5 %	15,8 %

Fuente: elaboración propia sobre la base de Anuarios Estadísticos MP

Los datos reflejan lo que podría considerarse como una buena noticia como cifra general: la tendencia del sistema ha sido la de aumentar las sentencias en forma importante y paulatina. Esto es positivo ya que no importando el tipo de procedimiento en que ellas recaen se trata obviamente de las decisiones de mayor calidad que el sistema puede ofrecer. De esta manera, las sentencias han ido aumentando desde 2006, alcanzando en 2009 un 15,8%.

Estas buenas noticias deben matizarse cuando se analiza cómo se compone el mundo de las sentencias. Allí, es posible observar que hay una tendencia clara respecto de que lo que ocupa mayor presencia son las sentencias que surgen de los juicios simplificados y los procedimientos monitorios.<sup>19</sup> La tabla

<sup>19</sup> El procedimiento monitorio se encuentra regulado en el artículo 392 del Código Procesal Penal y se aplica en casos de faltas en donde la pena requerida por el fiscal es una multa. En esencia el procedimiento consiste en un sistema de cobro ejecutivo de multas a menos que exista un reclamo del imputado lo que habilita a cambiar el procedimiento a uno simplificado. Mayores antecedentes véase Rafael Durán, *Ob. Cit.*

nº 4 permite hacer un análisis de este tipo ya que desagrega la información de las sentencias por tipo de procedimientos.

**Tabla nº 4**  
**Número y porcentajes de casos terminados por sentencia por tipo de procedimiento (2006-2009)**

	2006	2007	2008	2009
Abreviado	19.331 (17,4%)	24.848 (16,9%)	34.255 (16,6%)	N/D
Simplificado (simples delitos y faltas)	43.410 (39,1%)	61.053 (41,5%)	79.353 (38,5%)	N/D
Monitorio	43.305 (39,0%)	54.931 (37,4%)	85.186 (41,4%)	N/D
Juicios orales	4.780 (4,3%)	6.086 (4,1%)	7.002 (3,4%)	7.608 (3,0%)
Totales	110.826 (100%)	146.918 (100%)	205.796 (100%)	253.459 (100%)

Fuente: elaboración propia sobre la base de Anuarios Estadísticos MP

Como se puede observar, dentro del universo de las sentencias, aquellas que han tendido a crecer con mayor intensidad, tanto en números absolutos como en términos porcentuales, son las sentencias dictadas en procedimientos monitorios. Dentro del mundo de las sentencias se trata de aquellas que constituyen las respuestas de menor calidad del sistema o en donde el valor agregado por el mismo es mucho más bajo ya que no surgen como consecuencia de un proceso en que se haya dado una audiencia y, además, corresponden a las infracciones de menor entidad que conoce el sistema. Entonces, me parece que hay que tener mucho cuidado en la forma en que se presentan los datos y se hacen los análisis sobre los mismos. Así, hay veces en que el indicador grueso nos muestra una señal positiva (por ejemplo en el aumento de sentencias), pero cuando se empieza a desagregar un poco los datos, es posible darse cuenta de que hay bastante más información que extraer de ellos. Por ejemplo, uno puede observar que las sentencias que emanan del juicio oral (las de mayor calidad y valor agregado en el sistema) han ido tendiendo a disminuir en el porcentaje de las sentencias, a pesar de que en números absolutos se ha mantenido una tendencia al alza. Luego, los juicios abreviados, que son otro espacio de negociación importante, representan un porcentaje muy significativo del total de sentencias.

En fin, me parece que estas cifras permitirían realizar bastantes análisis sobre el funcionamiento del sistema, lo que me alejaría un poco de los objetivos acotados de este trabajo. Creo que lo que importa para los efectos de este trabajo es, a partir de estos datos, dar algunas ideas respecto de la

persecución penal en delitos comunes para ir consolidando algunos puntos relevantes.

En primer lugar, me parece que las cifras generales dan cuenta de grandes avances y del sistema. Me parece que se trata de logros importantes que se explican por muchas razones, como por ejemplo el aprendizaje que ha tenido el sistema en estos diez años de funcionamiento, la implementación de un modelo moderno de gestión en el Ministerio Público y tribunales, etc. Pero también las cifras dan cuenta de que aún tenemos muchos problemas y desafíos. En este sentido, por ejemplo, las categorías que aún estamos utilizando para medir las soluciones del sistema constituyen un “paraguas” demasiado grueso para conocer en detalle cómo el sistema está funcionando. En otras palabras, a esta altura tenemos que empezar a sofisticar el análisis, ya que no todas las decisiones judiciales pesan lo mismo. No es lo mismo una facultad de no iniciar investigación, que un sobreseimiento, que un procedimiento monitorio y que una sentencia de juicio oral. Hoy día todas estas respuestas del sistema las estamos pesando con un mismo peso o valor, aun cuando en el último tiempo se han introducido aquí algunas sofisticaciones en esa forma de medir.

En segundo lugar, efectivamente, todas las cifras dan cuenta de que la negociación está cada vez abriéndose más margen en el sistema como una forma de llegar a respuestas o soluciones. Sin embargo, no sabemos muy bien cuál es la calidad de estas negociaciones, qué es lo que está pasando detrás de ellas, o cuánto la persecución penal está entregando en cada caso para poder llegar a la negociación. Si bien es cierto que un sistema de negociación supone que la persecución penal tiene que ceder algo, esto no es un pecado ni un problema, el tema es que no sabemos si estas cesiones se mantienen dentro de los márgenes que parecen razonables. El dato duro indica que tenemos un 12% de casos que van a suspensión condicional, que un 17% de las sentencias son de juicio abreviado y que una buena parte de las sentencias en procedimientos simplificados emanan de reconocimientos de responsabilidad en donde ha podido darse un cierto espacio de negociación. El punto es que no tenemos muy claro cuáles son los parámetros con los cuales se está negociando, ni tampoco tenemos tan claro cómo se está controlando que efectivamente las negociaciones se estén dando en un entorno de satisfacción de intereses del propio sistema o que el Ministerio Público no esté haciendo renunciaciones que vayan un poco más allá de lo que podría esperarse.

Otro dato relevante es como está decayendo el juicio oral en términos de respuesta de más alta calidad que entrega el sistema. Se trata de un tema que hay que ver con cuidado. Obviamente si es que

se hiciera este mismo análisis por categorías de delito, se verían resultados muy dispares y ahí también vendrían cuestiones adicionales. Eso supone estudios de bastante más complejidad que el que puedo hacer en este trabajo.

### 2.3. El problema del tratamiento de la habitualidad

El tercer hallazgo que surge del estudio en análisis, es lo que Luis Pásara denomina como problemas en el tratamiento de la habitualidad o el trabajo con los clientes más habituales del sistema.<sup>20</sup> El dato empírico que él cita es del año 2007, e indica que el 5% del total de imputados que habían pasado por el sistema tenían 5 o más contactos con el mismo.<sup>21</sup> En las carpetas que analiza en el 25% de los casos aparece ese tipo de imputados.<sup>22</sup>

Los datos ratifican una percepción común entre los fiscales que identificó Pásara y que se refiere que una clientela recurrente son las personas con contacto habitual con el sistema, las que explican un porcentaje mucho mayor a la proporción de personas que son, de los delitos que se cometen. Se trata, por lo general, de imputados que suelen reiterar delitos comunes tales como hurtos y robos de distinta naturaleza.

El principal problema que se detecta en el estudio a partir del examen de casos es lo que puede denominarse como un tratamiento ingenuo y burocrático de la habitualidad, que por así decirlo, termina beneficiando a los habituales con lo que se podría llamar circuitos de impunidad, es decir, casos en donde el sistema tarda mucho en reaccionar con una respuesta más dura. Por ejemplo, esto es lo que ocurre cuando estos clientes habituales pasan en un primer y segundo caso o contacto con el sistema por la aplicación de un principio de oportunidad o eventualmente por una suspensión condicional del procedimiento, después caen en el sistema una tercera y cuarta vez en las que podrían verse beneficiados con una negociación blanda, luego en un nuevo contacto se les condena con penas alternativas de la Ley 18.216, y así, al sistema le cuesta cinco, seis o siete contactos, por así decirlo, para atrapar a un “cliente habitual” con un perfil criminal que genera enormes problemas para el sistema, especialmente de legitimidad pública.

Se trata de un problema complejo que tiene diversas connotaciones que exceden el puro trabajo del fiscal. Por ejemplo, algunas causas del problema

están vinculadas a cómo el legislador ha reconocido algunas figuras o ha establecido algunas penas en ciertos tipos de casos. Con todo, más allá de estas cuestiones, obviamente se trata de un problema en donde parece haber ciertos aspectos de la persecución penal que no estarían operando satisfactoriamente. Pásara logra establecer que hay una carencia clara de una estrategia más homogénea y sofisticada para enfrentar este tipo de casos y esto le está causando costos de legitimidad pública al sistema. En sus conclusiones sobre el punto señala: “en el MP no parece haberse desarrollado una aproximación apropiada para tratar al delincuente habitual, no sólo como un individuo sino como un sector poblacional que se relaciona con el delito como forma de vida. Aplicar a ese sector las varias respuestas del sistema en términos similares a los que se usan con quienes tienen una relación ocasional con el delito, o escalarlas progresivamente conociendo la inutilidad de esta vía, no parece adecuado, sobre todo de cara al hecho de que es el delincuente habitual un actor principal en el fenómeno de inseguridad ciudadana”.<sup>23</sup>

## 3. Algunas reflexiones a partir del estudio

Además de estos tres puntos que me parecen constituyen los hallazgos principales del estudio en análisis, tengo algunas reflexiones adicionales que estimo quedan sugeridas o surgen como consecuencia de la información contenida en el mismo. Ellas son relevantes de tener presente para conocer los desafíos que enfrenta la persecución penal de delitos comunes en nuestro país.

### 3.1. El problema del método de persecución de los delitos comunes

La primera cuestión que vale la pena tocar es el problema del método de persecución de los delitos comunes. Hay que partir reconociendo en este punto que se ha producido un gran avance producto de la instalación como política general del Ministerio Público a partir de su nuevo plan estratégico de las denominadas Unidades de Tramitación de Causas Menos Complejas (TCMC).<sup>24</sup> Ellas han permitido homogeneizar, y en esto se corrige en parte creo yo una de las críticas del estudio de Pásara, la persecución penal o cómo el Ministerio Público está enfrentando estos casos masivos que repletan al sistema.

<sup>20</sup> Véase Luis Pásara, *Ob. Cit.*, págs. 19 a 24.

<sup>21</sup> Idem pág. 19.

<sup>22</sup> Idem pág. 20.

<sup>23</sup> Idem pág. 24.

<sup>24</sup> Véase Ministerio Público, Plan Estratégico 2009-2015, pág. 46.

A pesar de lo anterior, creo que persisten algunos problemas importantes de método de trabajo tratándose de los delitos comunes. Mencionaré muy brevemente tres: el método investigativo basado en el uso de la orden de investigar, el no aprovechamiento de los sistemas de información disponibles y aspectos en la coordinación de fiscales con policías.

El primer problema se refiere al extensivo uso de la orden de investigar que los fiscales envían a la policía como método central para investigar e intentar esclarecer ciertos tipos de delitos. Un ejemplo de lo anterior está constituido por los casos en donde hay antecedentes pero no hay imputado conocido, es decir, donde hay algún material probatorio que eventualmente permitiría pensar una persecución penal con alguna posibilidad de éxito. Se trata de casos en que los antecedentes no son tan claves como para justificar una persecución inmediata e intensa ya que no hay imputado. Por lo mismo serán casos que normalmente se asignarán a la sub unidades de archivo provisional de las TCMC. En ellas el método principal de trabajo utilizado para llevar adelante la investigación será la emisión de una orden de investigar a la policía. Esta orden termina siendo el paso para asegurarnos que no va a pasar nada en este caso ya que si había alguna posibilidad de esclarecerlo ella se desvanecerá durante el proceso de producir y tramitar la orden. Esto ocurre, básicamente, porque los policías no tienen capacidad para priorizarlas las diversas órdenes similares que reciben, menos si las mismas no vienen priorizadas por la propia Fiscalía. De otra parte, se explica como consecuencia de los mismos trámites que supone la elaboración de la orden de investigar: su contenido es bastante genérico, por más sensibilizada que esté la planilla desarrollada por la sub unidad respectiva; el tiempo que demora la Fiscalía en emitirla, la policía en recibirla, distribuirla, responderla, etc. Todo ello indica que si existía alguna posibilidad de esclarecer el caso con alguna intervención temprana y focalizada ya no va a lograrse debido a que el sistema se tomó varios días, semanas o meses en dar curso a actividades investigativas que probablemente sólo hacían sentido con una intervención relativamente rápida.

El problema es que la orden de investigar como método de trabajo, se basa en un trámite muy burocrático, incluso ahora en el escenario en el que el sistema cuenta con un diseño institucional más sofisticado de trabajo como son las TCMC. En consecuencia, no basta con tener la estructura de las TCMC sino que también hay que alterar los métodos de trabajo que ellas ocupan. Lo que ocurre es que hay que sofisticar la respuesta o reacciones de estas unidades. Frente a los casos que reciben

no todo tendría que derivar en una orden de investigar, o tal vez no sea una orden de investigar la mejor forma de contactar a la policía para algunos casos, o habrá que definir los cuerpos policiales que investigan; en fin, hay muchas formas de enfrentar esto, pero en general, me parece que la forma en que se enfrentan hoy en día, es un obstáculo para mejorar el funcionamiento del sistema.

Debo aclarar que aun cuando logremos lo anterior, no creo que debiera esperarse un cambio muy significativo de las cifras de casos esclarecidos por el sistema. El cambio de método no debiera hacerse tanto por la posibilidad que los resultados cambien en forma radical (sí creo debieran mejorar en algún margen), sino porque estamos frente a un método de trabajo que genera mucho ruido y espacios importantes de deslegitimación del sistema frente a la opinión pública. Esto ocurre, por ejemplo, cuando hay víctimas muy activas que a pesar de que van acompañando antecedentes al Ministerio Público o a la policía, quedan atrapadas por este funcionamiento burocrático del sistema sin obtener respuesta alguna y con la sensación de que si hubieran sido objeto de mayor atención todo se podría haber aclarado. Ha ocurrido en varios casos que en situaciones de esta naturaleza las víctimas recurren a los medios de comunicación quienes con la información proporcionada logran esclarecer el caso con alto impacto mediático. Aun cuando esto ocurra en un caso de cada cien, cada vez que ello ocurre, esos casos adquieren una gran relevancia pública y la falta del sistema en su esclarecimiento termina produciendo un importante daño de legitimidad frente a la opinión pública.

Además de lo anterior, otro tema de método de trabajo tiene que ver con el problema de cómo están siendo utilizados los sistemas de información que dispone el Ministerio Público, por ejemplo, en el uso de estos sistemas en el desarrollo de estrategias de flagrancia inteligente, donde hay varias experiencias que se han implementado en Chile. Al hablar de sistemas de información me refiero a los que dispone el propio Ministerio Público, no a los externos. El problema es que ellos se utilizan mucho más como un sistema de registro de casos que como un método de recopilación de información que permita desarrollar un trabajo más estratégico de persecución penal. Esto creo que es lo que ocurre con el Sistema de Apoyo de Fiscales (SAF) desarrollado en Chile. Dicho sistema representa un gran avance, un salto cualitativo respecto de lo que históricamente hemos tenido en América Latina, en cuanto a la cantidad y confiabilidad de información que captura. Con todo, no es aprovechado en toda su potencialidad, ya que no solamente debiera utilizarse como un sistema de registro de las causas que se tramitan sino también como un sistema que nos permita construir

una estrategia de persecución penal, particularmente en los casos por delitos comunes que son los que estamos analizando en este trabajo.

Finalmente, respecto del método de trabajo, hay claros problemas de coordinación y de priorización de trabajo entre el Ministerio Público y las policías. Se trata de una cuestión que tiene diversas dimensiones, de las cuales me interesa mencionar una que se vincula a lo que podría identificarse como un problema de diseño del sistema. Tal vez porque no había mucho espacio político para haber hecho otro diseño se optó por un modelo complicado de distribución de responsabilidades entre los fiscales y la policía. Lo que se observa en el mundo comparado es que claramente los legisladores le han pasado a las policías una facultad de selección de los casos. De esta forma el material con el cual trabajan los fiscales son, por así decirlo, los casos con los cuales pueden trabajar. Esto facilita enormemente el trabajo de investigación con un filtro temprano y con una capacidad mucho mayor para organizar adecuadamente el trabajo investigativo.

Nuestro legislador tomó otra opción, probablemente porque no era políticamente posible entregar esta posibilidad discrecional tan fuerte a la policía en un contexto en donde se veía por el contrario que el Ministerio Público podía cumplir un rol de controlador intenso del trabajo policial. De otra parte, entregarle una facultad de selección de casos a la policía suponía discutir cambios estructurales a dichas instituciones tanto respecto de configuración institucional como respecto de los sistemas de rendición de cuentas y de control necesarios. Se trata de cambios que probablemente eran imposibles de realizar ya que llevaban a redefinir buena parte del núcleo duro de cómo se ejerce el poder en el nivel policial. En ese contexto, nos quedamos con un sistema en donde la responsabilidad por resultados es un tanto ambigua. La policía traspasa al Ministerio Público los casos y la responsabilidad de resolverlos y el Ministerio Público se las devuelve por vía de pedir investigaciones. Esto hace que sumado al tratamiento burocrático de los casos (vgr. órdenes de investigar amplias) la responsabilidad por el esclarecimiento de los casos se diluya o disuelva. Cada institución se lava las manos o le atribuye a la otra las causas de la ineficacia en ciertos tipos de casos. Mientras no encontremos una solución a este tema, me parece que esto será un problema que se seguirá proyectando en el tiempo.

### 3.2. El problema del tratamiento de la víctima

Del estudio surge mucha información que permite valorar cómo está siendo tratada y considerada la víctima por los fiscales, tanto para la toma de decisiones

como para la tramitación de los casos en materia de delitos comunes. La imagen es bastante problemática. En este sentido, hay muchos ejemplos en el trabajo que si bien pueden resultar bastante odiosos individualmente considerados, en general lo que reflejan es que muchas soluciones no incluyen elementos de reparación o ni siquiera se hacen cargo del interés más general de la víctima. Ésta, a su vez, está recibiendo muy poca retroalimentación del sistema en términos de lo que está pasando con la persecución penal, incluso respecto de aquellas que están dispuestas a colaborar, y así, en general el estudio refleja un cierto desinterés por hacerse cargo de la víctima.

Este es un tema que ha estado en el debate público en los últimos años en Chile y que se refleja, entre otros ejemplos, en la enorme discusión que ha habido sobre la creación de una defensoría de las víctimas.<sup>25</sup> Cuando se analizan las pocas cifras que existen en la materia, se constata que esta idea de desinterés del sistema por la víctima no es una percepción “manejada” o “inflada” por los medios de comunicación social, sino que parece ser efectivamente una opinión extendida entre quienes han tenido contacto con el sistema. En esta dirección, la tabla n° 5 presenta los resultados de la última Encuesta Nacional de Seguridad Ciudadana (ENUSC)<sup>26</sup> en un primer ítem relativo al nivel de atención que reciben las víctimas por parte de los fiscales.

Tabla n° 5  
Satisfacción Víctimas: Contacto Fiscal

Tras denunciar, ¿lo contactó un fiscal?	Si	No
Lesión	47,93 %	50,97 %
Robo en casa	37,09 %	61,82 %
Asalto con violencia	32,54 %	63,44 %
Robo de automóvil, camioneta, motocicleta	28,96 %	64,59 %
Robo de objeto dentro de vehículo o partes de él	27,72 %	69,69 %
Robo por sorpresa	25,11 %	69,81 %
Hurto	24,80 %	69,26 %

Fuente: ENUSC 2009

<sup>25</sup> Véase mensaje n° 76/356 de 31 de marzo de 2008 por el que se presenta un Proyecto de Ley para crear un Fondo Nacional para la Representación de Víctimas de Delitos. Sobre el intenso debate en los medios puede verse un conjunto de opiniones editoriales publicadas entre ellas véase: *El Mercurio*, 5 de noviembre de 2007 pág. A 2; *El Mercurio*, 31 de marzo de 2008 pág. A2; *El Mercurio*, 5 de junio de 2010 pág. A2; y, *El Mercurio*, 28 de mayo de 2010 pág. A2.

<sup>26</sup> Mayores antecedentes sobre esta encuesta pueden revisarse en: [http://www2.dsp.gov.cl/enusc\\_2009.html](http://www2.dsp.gov.cl/enusc_2009.html) (última visita en septiembre de 2010).

Como se puede observar, este cuadro refleja el nivel de contacto que han tenido las víctimas con el fiscal o con alguien de la Fiscalía tratándose de siete categorías de delitos. Las cifras muestran que salvo el caso de lesiones, donde cerca de la mitad de las víctimas han sido contactadas, en general nos encontramos con porcentajes de contacto extremadamente bajos. Puede haber algunas razones o problemas estructurales que expliquen los bajos porcentajes de contacto, como por ejemplo casos en que las víctimas no son ubicables, pero en general, los números son demasiado gruesos como para que la explicación sea simplemente problemas de la víctima y no que haya un problema de gestión importante del sistema.

Lo mismo ocurre cuando se le pregunta a las víctimas sobre su satisfacción general respecto de la tramitación del caso. La tabla n° 6 entrega datos sobre esta materia.

**Tabla n° 6**  
Satisfacción víctimas en la tramitación de la causa

¿Lo satisfizo la forma en que se tramitó su causa?	Si	No
Robo en casa	11,88 %	85,01 %
Asalto con violencia	18,17 %	77,10 %
Robo de objeto dentro de vehículo o partes de él	22,15 %	74,91 %
Robo por sorpresa	27,65 %	69,74 %
Hurto	28,06 %	68,31 %
Lesión	32,43 %	60,37 %
Robo de automóvil, camioneta, motocicleta	45,26 %	48,25 %

Fuente: ENUSC 2009

En mi opinión las cifras de esta tabla son aún más impactantes que la anterior. Los niveles de satisfacción son mínimos. Probablemente el más alto, en el caso de los robos de automóvil, camioneta o motocicleta se explica por el alto nivel de recupero de estos bienes. En el resto de los casos, los porcentajes son extremadamente bajos, como en el delito de robo en casa (sólo un 11% de satisfacción), siendo extremadamente sensible desde el punto de vista del estado en que queda la víctima y del impacto que luego esto tiene en la comunidad en general. De esta manera, estas cifras hablan bastante fuerte con respecto a que tenemos un problema importante que hay que encarar con más fuerza.

Cuando se analizan las causas de insatisfacción, es posible encontrar que hay diversas razones<sup>27</sup>, entre las cuales hay que hacer distinciones claras para identificar el problema y la solución posible. Por una parte, hay problemas estructurales del sistema de justicia criminal para responder de acuerdo a lo que espera la víctima debido a que en muchos casos no se va a poder esclarecer el hecho, identificar al autor o recuperar lo que fue robado. En esos casos no podemos establecer expectativas falsas de algo que se sabe por la experiencia internacional y comparada que ningún sistema de justicia criminal está en condiciones de responder. Por otro lado, también hay problemas importantes de gestión que sí pueden ser trabajados y resueltos. Por ejemplo, no es lo mismo que la víctima manifieste su insatisfacción porque no se realizó nada en su caso, a aquellas situaciones en que nunca se supo qué es lo que pasó en su caso. Luego, no es lo mismo que la insatisfacción sea por no recuperar la especie, lo cual puede ser un problema estructural, ya que sabemos que incluso en el sistema más eficiente del mundo, y aunque se gasten mucho más recursos, siempre va a haber un porcentaje mayoritario de casos de delitos en contra de la propiedad donde no se van a recuperar las especies, pero ello es muy distinto a que la víctima muestre su insatisfacción producto de que nunca la contactaron. Esto adquiere aún más importancia cuando sabemos que incluso en los casos que pudiesen parecer con menos posibilidades de éxito la policía y el Ministerio Público en Chile actúan como ya he mencionado, y aun así no se está contactando a la víctima, es decir, hay un problema de cómo se está comunicando el sistema con la víctima.

En este contexto, me parece necesario discutir acerca del método de trabajo que el sistema está utilizando con las víctimas. Se trata de un área en donde el propio sistema puede mostrar avances y resultados muy importantes en ciertas áreas, como por ejemplo en el caso de los delitos de violencia intrafamiliar donde los resultados de satisfacción de víctimas son proporcionalmente inversos respecto de los datos que he revisado.<sup>28</sup> Por tanto, puede

<sup>27</sup> Así por ejemplo en la ENUSC una de las razones principales de la insatisfacción de las víctimas es “Porque no realizaron nada” la que constituye el primer motivo de insatisfacción en 6 de los 7 delitos (fluctuando entre un 16% y un 20% como motivo, salvo en el delito de lesiones en que aparece en tercer lugar con un 11,89%). Otro motivo de insatisfacción es “Porque nunca supo qué es lo que paso en su caso” que aparece mencionado como un factor relevante en tres de los siete delitos (robo en casa, robo por sorpresa y hurto, mencionado con una frecuencia de entre 13% y 14%).

<sup>28</sup> El Ministerio Público encargó a una empresa externa la realización de un estudio de evaluación de la satisfacción de víctimas

decirse que el sistema está aprendiendo a desarrollar mejores métodos para trabajar con las víctimas. El propio Ministerio Público ha desarrollado metodologías sobre las cuales se podría construir una nueva aproximación al tema tratándose de las víctimas de delitos comunes. Esto nos lleva a que el fondo de las cifras revisadas no es que el sistema desconozca cómo aproximarse más efectivamente a la víctima, sino que se trata de un problema de priorización de recursos y objetivos. Así, por ejemplo, desde el punto de vista de los recursos al final del día la pregunta relevante es cuántos recursos se destinan al tratamiento de la víctima. Esto podría llevar a otras discusiones y preocupaciones, por ejemplo, acerca del manejo de la escasez de la hora/fiscal para atender a esta demanda que va un poco más allá de la persecución penal más tradicional. Con todo, si se considera que la atención y satisfacción de las víctimas es algo sensible a lo que el Ministerio Público debería tratar como importante, tal vez no se trata de un tema que resuelve por contar con más hora/fiscal, sino que puede pasar por una definición de prioridades acerca del tiempo que se destina a distintas actividades.

### 3.3. Problemas derivados de la pérdida de eficacia de metas e indicadores

Finalmente, quisiera mencionar algunas cuestiones problemáticas vinculadas al cómo en el tiempo las metas e indicadores establecidos por el sistema tienden a perder fuerza como instrumentos modeladores de una persecución penal eficaz en los delitos comunes, aun cuando se trata de un punto que me parece extensible a todo tipo de delitos.

Una primera cuestión problemática surge como consecuencia de un proceso que podría caracterizarse como el de “burocratización de metas e indicadores”, fenómeno que en mi experiencia pasa en toda institución o actividad en la que se utilizan estas formas de medición e incentivo. Este proceso se produce por varios factores. Así, por ejemplo, tiende a ocurrir que con el paso del tiempo las metas se desvirtúan, se transformen o conviertan en un fin en sí mismo y no en medios para resolver problemas. Las personas son muy sensibles a los resultados que se les pide y siempre se corre el riesgo de que el

resultado importe más que el fin último perseguido al fijar ese resultado. De otra parte, también con el transcurso del tiempo los actores del sistema aprenden cómo cumplir las metas con el menor esfuerzo posible, maximizando su propio interés más que cumpliendo con las finalidades sustantivas asociadas a las mismas metas. Por otro lado, estas metas e indicadores producen rigidez en algunos ámbitos de trabajo del sistema. Por ejemplo, un actor que está motivado por solucionar el problema por una vía nueva o más creativa se ve presionado por el cumplimiento de la meta y por ello puede preferir sacrificar la calidad de su trabajo por cumplir con cierto resultado establecido en abstracto que en el caso concreto no resulta el mejor.

Me parece que fenómenos como los descritos se han dado en Chile en la persecución penal de los delitos comunes. Esto obliga al sistema a estar mucho más encima de este tema. Es decir, es necesaria una permanente revisión y reestructuración de las metas e indicadores de forma de intentar que ellos no sean desvirtuados y establezcan incentivos y permitan medir cuestiones que son efectivamente valiosas para el sistema.

Un segundo punto que quiero mencionar es que a esta altura del desarrollo de la reforma procesal penal chilena me parece que hay una necesidad de incorporar metas de carácter más cualitativo que las que hoy existen. Los desafíos aquí son básicamente dos. En primer lugar, suponiendo que tenemos un acuerdo en cómo medir más cualitativamente, esto impone la necesidad de desarrollar sistemas de medición y control de estos indicadores cualitativos que hoy en día el sistema no cuenta y que, eventualmente, pueden no ser tan fáciles de desarrollar para el Ministerio Público. En segundo lugar, es necesario ver cuáles serían estas metas en concreto. La pregunta central en este sentido sería si mejorar el diseño en metas cualitativas sólo pasa por exigir soluciones de mayor calidad. Esto es muy importante porque el sistema en Chile me parece que está llegando a su tope en términos de la cantidad de casos que atiende y da respuesta con soluciones jurídicas de calidad. Por lo mismo, identificar este cambio con mayores exigencias no me parece realista ni la dirección que debiera tomarse. No se puede pretender como sistema que los archivos provisionales lleguen a un 30% y las decisiones judiciales a un 70%. Esto no tiene ninguna posibilidad de ocurrir en Chile ni probablemente en ningún sistema de justicia criminal. Lo que se debe hacer en cambio es sincerar el funcionamiento del sistema mediante un sistema de accountability o rendición de cuentas más complejo.

Es necesario sincerar el sistema de persecución penal en delitos comunes tanto respecto de sus

en los proyectos pilotos que se habían implementado a la época para el tratamiento y atención de víctimas de violencia intrafamiliar. El índice de satisfacción total fue superior al 70%, en tanto que en temas como el contacto de los fiscales el índice fue cercano al 65%. Los detalles de este estudio pueden verse en: [http://www.fiscaliadechile.cl/repositoriominpu/Archivos/minpu/documentos/Encuesta\\_Satisfaccion\\_VIF\\_2009.pdf](http://www.fiscaliadechile.cl/repositoriominpu/Archivos/minpu/documentos/Encuesta_Satisfaccion_VIF_2009.pdf) (última visita en el mes de septiembre de 2010).

posibilidades reales como respecto de sus problemas estructurales. Me parece que la demanda pública hoy en día va por aumentar las soluciones de calidad y ello nos ha llevado a “inflar” las salidas judiciales, pero por otro lado ocurre que el sistema está más o menos al tope, lo cual no quiere decir que no sea posible mejorar el funcionamiento respecto de ciertas categorías de delitos concretas. En fin, lo que ocurre es que la respuesta de mostrar permanentemente solo los indicadores de salidas judiciales, a esta altura se agotó, y debiéramos discutir ahora cómo le damos a este nivel de logros, que es muy importante, más calidad, aún cuando ello implique bajar un poco los índices de salidas judiciales. En la medida en que no se sincere esto, con todas las complejidades que ello trae, el sistema va a terminar pagando en términos de legitimidad, porque se estaría entrando a una competencia que la vamos a perder, es decir, siempre vamos a tener este déficit a menos que como sistema no construyamos una plataforma de explicación y de debate sobre este tema, que es un área que hoy en día nos está haciendo perder legitimidad como sistema frente a la opinión pública.

#### 4. A modo de conclusión

Muy brevemente quisiera señalar que la investigación que ha servido de base para el análisis que he realizado nos presenta varios puntos de interés para la reflexión acerca de la persecución penal de delitos comunes en Chile. Más allá de la actualidad de algunos datos y aspectos abordados, hay temas de fondo identificados que son permanentes y que debieran hacernos reflexionar acerca de la forma de encarar dichos problemas con mayor eficacia. Un sistema de persecución penal joven como lo es el chileno (diez años de existencia) no debe confirmarse con los logros obtenidos, sino que debe aspirar a mejorar su eficacia y resultados en el futuro. Me parece que el Ministerio Público chileno está en una posición en que ello es posible y realista de ser logrado. ■





## Elvin Díaz

Coordinador de la línea de programación de transparencia y eficacia del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala (ICCPG).

# Estado de situación del Ministerio Público en Guatemala

## Valoraciones críticas y desafíos

### I. Introducción

El año 2010 está marcado como uno de los años trascendentales para el rumbo de la justicia en Guatemala, y es que en los próximos meses asumirá el nuevo Fiscal General y Jefe del Ministerio Público. Ante la importancia de este acontecimiento, distintas expresiones de la sociedad civil organizada han seguido el proceso de elección, a través de diversas acciones de fiscalización tales como: propuestas para calificación de aspirantes, presentación de vetos a aspirantes que no son idóneos para el cargo, sin olvidar la incidencia que se logró con la aprobación de la Ley de Comisiones de Postulación en el año 2009.

No obstante, todas estas acciones desataron que el director de la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala (CICIG), institución que ha tenido preeminencia en los últimos años sobre las principales decisiones políticas que afectan la institucionalidad del sistema de administración de justicia del país, presentara su renuncia, ante la falta de voluntad de las autoridades guatemaltecas para transparentar la función pública y cumplir con las recomendaciones de la comisión. En especial porque la Comisión de Postulación para elegir el próximo Fiscal General, había incumplido con la valoración pública de la reconocida honorabilidad de los aspirantes que exige la normativa constitucional, y que a pesar de ello, el Presidente de la República eligiera a un candidato que fue

criticado, tanto por CICIG como por organizaciones sociales.

Todo lo anterior ocasionó que la Corte de Constitucionalidad anulara en el mes de junio el proceso para designar la nómina de postulantes al cargo de Fiscal General, ordenando la repetición del proceso y recomendando a todos los miembros de la comisión de postulación su inhibición en el nuevo proceso de selección, dado que se cuestionaba su participación, en razón de haber participado en un proceso anulado y que infringió lo preceptuado por la Constitución Política.

No está de más afirmar que la importancia del Ministerio Público, para el sostenimiento del Estado de Derecho, del imperio de la ley y del sistema democrático en general, radica en ser la institución responsable de la persecución penal, y sobre todo que por mandato constitucional, tiene el deber de luchar contra la impunidad del presente y del pasado. De igual manera, juega un papel importante, tanto en la elaboración como en la ejecución de la política criminal, en especial la política de persecución penal, porque partiendo frente a la imposibilidad que significa perseguir todos los hechos punibles, ineludiblemente, con el objeto de racionalizar su trabajo, aplicará la selectividad de los conflictos sociales que serán sometidos al sistema penal.

En un país como Guatemala, que atravesó por un conflicto armado interno de treinta y seis años, y en donde se suscitaron las mayores violaciones a

los Derechos Humanos, la impunidad de estos crímenes aún persisten y las víctimas no han obtenido algún tipo de reparación por los hechos acaecidos, a pesar de lograr el retorno a la institucionalidad democrática (1985) y la firma de los Acuerdos de Paz (1996). Por ello, resulta importante la respuesta que el Ministerio Público pueda proporcionar a estos casos, sobre todo porque una de sus principales finalidades es garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales.

Es indudable que la respuesta del fenómeno criminal es responsabilidad del Estado, y en ese sentido, una de las instituciones responsables de enfrentarlo es el Ministerio Público. Sin embargo, la complejidad y los niveles que ha alcanzado la criminalidad en el país es alarmante, manifestándose a través de hechos violentos constantes, crimen organizado, proliferación de armas de fuego, corrupción en la administración pública, entre otros. Ante ello, se han implementado propuestas político-criminales, pero que en la práctica no han obtenido resultados relevantes, por lo que analizar las principales debilidades, obstáculos, aciertos y logros resulta necesario, sobre todo por lo importante que resulta la elección del próximo Fiscal General.

## II. Violencia e impunidad

A pesar de las enormes expectativas de eficacia, respeto y promoción de las garantías y derechos de los imputados que el proceso de reforma procesal penal prometía, a más de quince años de su aprobación, Guatemala presenta altos índices de criminalidad e impunidad.

No es discutible que toda sociedad está propensa al acaecimiento de criminalidad en su seno, así como que el sistema de administración de justicia presente índices de impunidad. No obstante, el incremento de los hechos delictivos y la situación de impunidad de los mismos, constituyen el mayor riesgo para el sostenimiento del Estado democrático de Derecho y del propio modelo procesal acusatorio. Esta situación repercute sobre la discutida paradoja de la reforma, que es el respeto de las garantías fundamentales con respecto a la eficacia en la persecución y sanción de los hechos delictivos. Por ello, no debe parecer extraño que durante los últimos años, las autoridades se inclinen por la aprobación e implementación de medidas punitivas populistas, como el incremento de las penas, el restablecimiento del indulto presidencial para la

aplicación de la pena de muerte<sup>1</sup>, discusión de leyes sobre criminalización de la juventud, conocidas como leyes anti-maras o anti-pandillas, que amenazan con la reducción de la edad para la imputabilidad, entre otras.

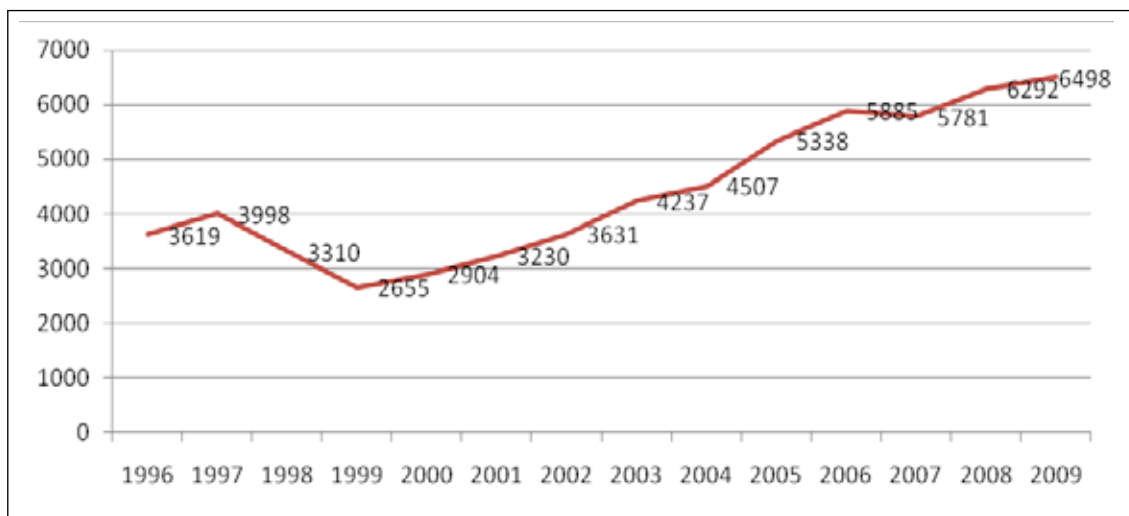
El incremento de los índices de criminalidad grave y violencia, manifestado a través de las muertes violentas, frente a los bajos resultados en la efectividad de la investigación criminal y persecución penal, conducen a un estado de impunidad de carácter estructural, lo que a su vez genera un sentido de inseguridad permanente en la sociedad. Resulta importante que el incremento de la impunidad provoca crisis del régimen de legalidad, lo que implica un incentivo para la comisión de hechos violentos y en forma paralela, el incremento de mecanismos, normalmente de contenido violento, para responder a los conflictos sociales.

De esta forma, el nivel de impunidad adquiere un factor de alto riesgo para provocar un crecimiento en la espiral de la violencia y un descreimiento profundo en la ley y en las instituciones llamadas a hacerla cumplir.

Lo descrito se confirma con los datos estadísticos de homicidios que presenta la Policía Nacional Civil:

<sup>1</sup> El Congreso de la República de Guatemala, el pasado 5 de octubre aprobó el Decreto 37-2010, ley reguladora de la conmutación de la pena para los condenados a muerte, que restablece el ejercicio del indulto a cargo del Presidente de la República. Actualmente se encuentra pendiente de ser sancionada por el Organismo Ejecutivo.

Homicidios en Guatemala  
1996-2009



A pesar de que es evidente que al momento de acaecer un homicidio, el Estado, a través de las agencias estatales respectivas, ha fallado en su política de seguridad; no obstante, el sistema de justicia penal tiene la responsabilidad de dar una respuesta efectiva hacia los delitos cometidos, sobre todo delitos como los homicidios que son graves para el orden social.

Analizando los datos enunciados, Guatemala alcanza la tasa de 49 muertes violentas por cada 100 mil habitantes. Siendo el promedio en el mundo de 7 muertes por cada 100 mil. Cabe destacar también, el incremento de muertes de mujeres en los últimos años. Durante el año 2001 se produjeron 303 muertes violentas contra las mujeres, mientras que en el año 2006, 603, lo que significó un incremento del 100%.

Para el año 2009, el número de muertes violentas contra mujeres fue 720, a pesar de que en el año 2008 se aprobó la Ley Contra el Femicidio y Otras Formas Violencia Contra la Mujer. Toda ésta problemática condujo en forma acertada a la creación de una Fiscalía específica que se dedicara a la persecución de este tipo de delitos en el año 2005, cuya jurisdicción sería únicamente el departamento de Guatemala.

### III. Desarrollo Institucional

Con la aprobación del Código Procesal Penal (CPP) vigente, la suscripción de los acuerdos de paz y la reformas constitucionales de 1993, se inicia un proceso de transformación normativo, institucional y cultural de la justicia en Guatemala. Con

tales decisiones políticas, uno de los actores principales es el Ministerio Público (MP), instituyéndolo como el responsable del ejercicio de la acción penal pública, es decir, la potestad de dirección funcional policial investigativa, y de presentar las pruebas adecuadas al órgano jurisdiccional. Para 1994, el MP contaba con solo 47 fiscales para toda la república; para el 2008 supera la cantidad de 1180 agentes y auxiliares fiscales. Actualmente, existen 23 Fiscalías distritales en 22 departamentos y 33 Fiscalías municipales en igual número de municipios, de manera que funciona más de una representación de la institución por departamento.<sup>2</sup>

Como una agencia del sistema de justicia penal, el MP para el cumplimiento de sus funciones ha desarrollado diversas propuestas político-criminales. En el año 2005, el Fiscal General aprobó el Plan de Política de Persecución Penal, con el fin de focalizar la atención fiscal en hechos de mayor trascendencia social, orientar la intervención fiscal en situaciones que producían ineficiencia y aprovechar la utilización de salidas alternativas para incrementar la eficacia de los fiscales, y para ello, se han aprobado más de doce instrucciones generales que tratan distintos ámbitos de acción de la función fiscal.

Si bien la aprobación de este tipo de medidas político-criminales resulta relevante para dar respuesta al fenómeno criminal, los resultados que presenta la institución en su desempeño son totalmente insatisfactorios. Esta situación se ha

<sup>2</sup> Información extraída del website del Ministerio Público: [www.mp.gob.gt](http://www.mp.gob.gt)

producido en virtud de que el MP carece de mecanismos que den seguimiento a la implementación de las propuestas político-criminales aprobadas, en especial la verificación de cumplimiento de las instrucciones generales emitidas, y otros componentes relevantes como capacitación al personal fiscal, sensibilización y divulgación tanto a lo interno como en su relacionamiento con las instituciones del sistema de justicia, y en especial con la sociedad guatemalteca.

En este contexto, con la carencia de mecanismos de control y verificación de los planes de persecución penal, organización refleja al juzgado de instrucción, un sistema de carrera profesional débil, la inadvertencia a los intereses de la víctima, y sobre todo los altos niveles de impunidad, provocan que el funcionamiento del MP se encuentre dirigido a la reconstrucción de prácticas inquisitoriales que atentan al marco normativo constitucional y procesal penal vigente, que son propios de un sistema procesal penal acusatorio.

El Ministerio Público es una de las instituciones que durante los últimos años ha contado con el apoyo suficiente para el cumplimiento de sus funciones, el cual se traduce en reformas constitucionales y legislativas, aumento de recursos presupuestarios y humanos significativos, entre otras. Del año 2003 al 2010, el MP recibió un aumento de 46.29 %, lo que en términos absolutos significa ingresos de 52 a 76 millones de dólares, lo que ha permitido contar con una tasa de fiscales de 6.9 en 2004 a 9.3 en 2007 por cada 100 mil habitantes. Para octubre de 2009, el Ministerio Público contaba con 1403 agentes y auxiliares fiscales, lo que representa una tasa de 10 por cada 100 mil habitantes, lo cual es aceptable a nivel latinoamericano.

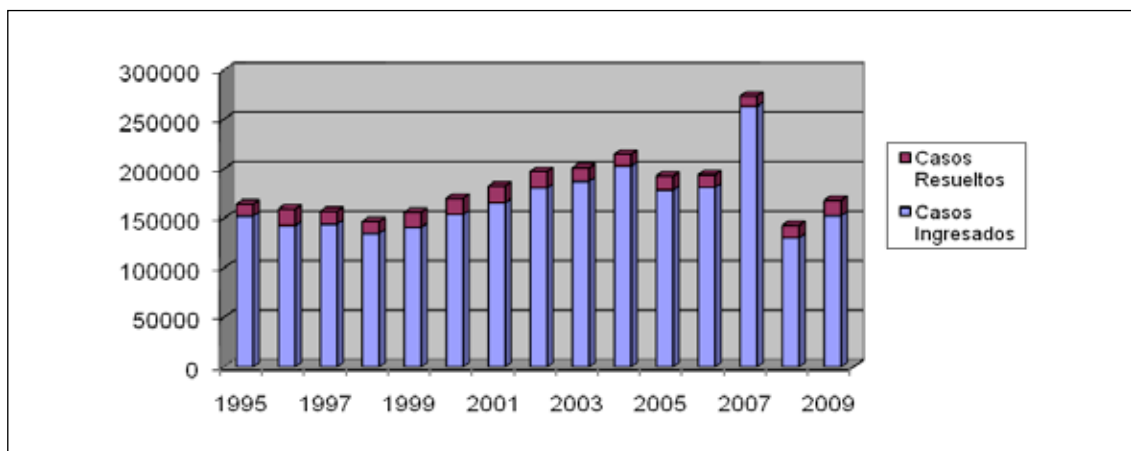
Es menester indicar que existen diversos criterios para medir el desempeño institucional de la Fiscalía. En esta oportunidad se asume como ingresos aquellos casos que, a criterio de la Fiscalía, constituyen delitos competencia del MP, por esta razón se restan de las denuncias registradas los traslados y las desestimaciones<sup>3</sup>. Para las salidas, se consideran aquellas que de conformidad con la normativa procesal penal son decisiones definitivas. Del año 1995, primer año de funcionamiento del MP según la nueva normativa, hasta el año 2009, los ingresos han oscilado entre 117,000 y 152,580, que corresponden precisamente el primer y último año indicado, con un promedio de casos de 168,000.

La tasa de crecimiento de ingresos promedio anual es del 6.59%.

La tasa de resolución no ha superado en todos los años el 13%, que corresponde al año 1996. La tasa más baja de resolución fue en 2007, con el 4%, y corresponde a un descenso continuo de la tasa de resolución desde el año 2005, con 8% y el año 2006 con el 7%. En tanto que en el año 2008, la tasa de resolución incrementó en comparación con el año anterior, con 9.51%, y para el 2009 la tasa fue de 10.15%. Si consideramos la variación de tasas de crecimiento, el promedio de esta variación hasta 2007 resultaba negativa, (-0.52%), pero con el incremento de los dos últimos años, la tasa promedio alcanzó ser positiva (0.16%). Esto indica que durante el período 2004-2007, con excepción del año 2005, existió un estancamiento, tendiendo a la baja, en el crecimiento de la tasa de resolución de casos. En tanto, que los últimos dos años presentaron una tasa de variación de crecimiento positiva (6% en 2008; y 0.64% en 2009), lo que significa un crecimiento de 6% del año 2007 al 2009.

<sup>3</sup> Los traslados son los casos que la Fiscalía envía a los juzgados de paz, por no tener competencia, y las desestimaciones, integran aquellos casos que, luego de un análisis, el MP considera que no son constitutivos de delito. Para lograr que el caso sea desestimado, es necesario una autorización judicial.

Casos ingresados y resueltos por el Ministerio Público  
1995-2009



#### IV. Desafíos del Ministerio Público

Como se mencionó con anterioridad, el Ministerio Público atraviesa por una crisis institucional seria, que afecta el rol que debe desempeñar en el sistema penal, así como la expectativa social que aún se guarda sobre su actuar cotidiano. Y es que el proceso de selección del próximo Fiscal General aún se encuentra en desarrollo, lo que ha provocado que el mando de la institución sea ejercido interinamente, siendo un momento crítico ante la continuidad de las políticas implementadas por la última gestión, que como se evidenció con los resultados expuestos, es la que mejor desempeño ha presentado.

Sin embargo, este momento crítico sirve para discutir algunas reflexiones relacionadas a los desafíos que las próximas autoridades del MP deben tomar en consideración, siendo alguna de ellas:

##### 1. Posicionamiento institucional

Ante los índices de criminalidad y la constante demanda de justicia por parte de la sociedad guatemalteca, el MP resalta a la vista de cualquiera, pero sobre todo ante la crítica que pueda sobrevenir del espacio político y medios de comunicación, lo cual, de no ser administrado como se debe, corre el riesgo de perder legitimidad de su intervención en la conflictividad social. No es suficiente presentar resultados cuantitativos, respecto de incrementos de respuestas efectivas; también hay que dimensionarlos y evidenciar su calidad.

Las funciones que actualmente ejerce el MP conllevan sostener un liderazgo ante las distintas instituciones de justicia, en especial aquellas que proveen servicios vitales, en especial con la policía

en tareas de investigación criminal. Asimismo, la función fiscal debe estar encaminada a diseñar estrategias de rendición de cuenta y sobre la transparencia de su actuación, esto, ante la comunidad y las diversas manifestaciones de la sociedad civil organizada.

Con la coyuntura actual, este desafío también debe considerar la relación con CICIG, que si bien está sujeta a una temporalidad, la razón de su creación y acuerdo del Estado de Guatemala con la Organización de Naciones Unidas, marca un accionar coordinado con el MP, a partir de la investigación de cuerpos ilegales y aparatos clandestinos (CICIAS) y la construcción de institucionalidad en el sistema de justicia penal.

##### 2. Reorganización y gestión de Fiscalías

Con respecto a este desafío es importante mencionar que a partir del 11 de mayo de 2009, se instauró un modelo de reorganización y gestión en la Fiscalía Distrital de Quetzaltenango, la segunda ciudad más importante del país, con el objetivo de lograr una estructura dentro del Ministerio Público que coadyuve a mejorar la efectividad en la persecución penal de los delitos y sea coherente con el sistema procesal acusatorio. Dicho modelo está contenido en el Manual de Gestión y Funcionamiento de la Fiscalía Distrital de Quetzaltenango, Acuerdo número 23-2009 del Fiscal General de la República y Jefe del Ministerio Público.

Entre las principales razones por las que se tomó la decisión político-criminal de iniciar la implementación de este modelo en Quetzaltenango, destacan que la ciudad presenta tasas de criminalidad aceptables en comparación con la media nacional, un sistema de gestión judicial basada en audiencias

orales consolidado y con resultados exitosos, una base de organizaciones sociales reconocida por el respaldo a los procesos de cambio y el liderazgo y capacidad del fiscal distrital, durante el período de la reforma judicial en el país.

El nuevo modelo persigue objetivos de distinta naturaleza como promover la eficiencia y eficacia de la persecución penal, mediante un modelo de gestión, a través de equipos especializados, planificar el trabajo de las Fiscalías en atención a metas y objetivos de persecución penal que se orienten hacia los fenómenos criminales de mayor gravedad, entre otros. La propuesta político-criminal de esta nueva metodología de organización fiscal se sostiene en los principios de especialización de la labor fiscal, división del trabajo en equipos, definición de metas concretas, rendición de cuentas, y acercamiento del fiscal distrital con su comunidad. El elemento central del modelo es la creación de unidades especializadas dentro de la Fiscalía distrital conforme a cada una de las funciones esenciales del Ministerio Público, siendo éstas:

#### *a) Unidad de Atención al Público*

Esta unidad es la responsable de recibir y registrar las denuncias de delitos, coordinar las acciones urgentes de investigación y brindar la atención integral de las víctimas, a través de la gestión de medidas urgentes de protección y seguridad. Asimismo analiza y distribuye los casos a la Unidad de Decisión Temprana en caso de que admita una salida alterna, o en caso contrario, remitirlos a la Unidad de Dirección de la Investigación.

#### *b) Unidad de Decisión Temprana*

Esta unidad será la encargada de gestionar los mecanismos simplificadores del proceso penal (criterios de oportunidad, suspensiones condicionales a la persecución penal y procedimientos abreviados) ante los órganos jurisdiccionales, así como impulsar los acuerdos de reparación entre víctimas y victimarios. Para el efecto, deberá actuar en coordinación con las redes de derivación de salidas alternativas, conformadas por organizaciones comunitarias y de la sociedad civil, y con las entidades estatales que puedan cumplir dicho fin.

#### *c) Unidad de Dirección de la Investigación*

Esta unidad tendrá a su cargo dirigir y coordinar a los funcionarios de la policía y del Ministerio Público en la investigación de los delitos. Los integrantes de la unidad tienen a su cargo la elaboración de la hipótesis criminal y el plan de investigación, y

una vez realizados los actos de investigación planificados, deberá formular las conclusiones de investigación y remitirlas en el informe respectivo a la Unidad de Litigación.

#### *d) Unidad de Análisis Estratégico*

Una de las razones de la baja efectividad en la persecución penal es que el Ministerio Público investiga los casos de forma aislada y sin ninguna conexión. Con el objetivo de combatir la criminalidad organizada y los mercados criminales de la localidad, es necesario integrar una unidad de análisis, la que con base en la información producida por los casos que ingresan al sistema, elaborará las conexiones de casos y la identificación de las redes criminales que operan en la región, a efecto de orientar la persecución penal estratégica.

#### *e) Unidad de Litigación*

Atendiendo a la estructura lógica del proceso penal, esta unidad se integra por tres oficinas. La primera es la de Audiencias a Etapa Preparatoria, cuyos integrantes son responsables de asistir a las audiencias de etapa preparatoria (primera declaración, revisión de medida de coerción, reforma de procesamiento, solicitud de prueba anticipada), de contextualizar el informe de investigación con los registros que lo respaldan, y gestionar las audiencias intermedias, excepto aquellas que se generen por acusación. La segunda es la Oficina de Audiencias a Juicio, integrada por agentes fiscales y que les corresponde el análisis del informe de investigación, la toma de decisión del acto conclusorio, la elaboración de la acusación, y la asistencia a las audiencias de la etapa intermedia y de juicio. En tanto que la tercera oficina es la de Prueba para Juicio, su función es mantener comunicación permanente con los testigos y peritos, y para ello deberá contar con un banco de datos actualizado.

Con la implementación del modelo, la Fiscalía distrital presenta resultados significativos en relación al año anterior, cuando funcionaba bajo el modelo tradicional. Los resultados más relevantes se suscitan con la desjudicialización y la capacidad de depuración, manifestada a través de las desestimaciones. Con respecto al dato de las sentencias, es importante explicar que las mismas no son actualizadas por algunos de los agentes fiscales responsables en el sistema de información del MP. Por lo que un mejor análisis del dato resultará con la confrontación de la información sistematizada por el organismo judicial.

DESCRIPCIÓN	2008	2009	AUMENTO EN NÚMEROS	AUMENTO EN %
TOTAL DENUNCIAS	8766	11627	2861	33
<b>DESJUDICIALIZACIÓN</b>	<b>417</b>	<b>2,248</b>	<b>1831</b>	<b>439</b>
Solicitudes de criterio de oportunidad	377	2215	1838	488
Solicitudes suspensión condicional de la PP	40	33	-7	-18
<b>DESESTIMACIONES</b>	<b>3695</b>	<b>9082</b>	<b>5387</b>	<b>146</b>
<b>ACTOS CONCLUSORIOS</b>	<b>551</b>	<b>680</b>	<b>129</b>	<b>23</b>
Acusaciones procedimiento común	403	586	183	45
<b>TOTAL DEBATES</b>	<b>85</b>	<b>92</b>	<b>7</b>	<b>8</b>
<b>TOTAL DE SENTENCIAS</b>	<b>135</b>	<b>111</b>	<b>-24</b>	<b>-18</b>

### 3. Atención a la víctima

Una de las labores fundamentales del Ministerio Público es la atención integral a las víctimas de los delitos. Sin embargo, en la cotidianidad fiscal, la víctima de un delito sigue siendo invisibilizada por el MP, pues en la mayoría de veces la relación del fiscal con la víctima se reduce a la provisión de información, sin considerar sus necesidades básicas.

Por tal razón, es importante que la institución implemente planes de intervención a favor de las víctimas, a través de programas de información especial de sus derechos, del estado de avance de los procesos en que ellas intervienen, campañas de promoción para sensibilizar a la población sobre el trabajo victimológico y apoyo a las redes de derivación, y un sistema de protección frente a los riesgos de su participación en el proceso penal.

### 4. Persecución penal estratégica

Con la persecución penal estratégica se busca integrar el trabajo fiscal mediante un estudio y análisis global del fenómeno criminal. Por ello, la incorporación de la inteligencia criminal resulta imprescindible, como el eje de planeación para la ejecución del trabajo. Esta visión de persecución delictiva rompe con el paradigma tradicional de análisis criminal, que se fundamenta en casos individuales, sustituyéndolo por un enfoque que se basa en la comprensión de los fenómenos o problemas criminales en conjunto.

*La lógica de actuación tradicional de las Fiscalías, se encuentra regida por la respuesta caso a caso, es decir, cada caso es trabajado aisladamente y sin contextualización. En cambio, adoptar una política de persecución penal estratégica supone superar la lógica de caso por caso, pasando de un sistema reactivo a uno proactivo de persecución.<sup>4</sup>*

Si bien, el objetivo principal es la disminución del crimen, o sea, la probabilidad de lograr una menor ocurrencia de delitos a través de la determinación de metas concretas e implementación de estrategias específicas dirigidas a reducir el número de crímenes, por el contexto en que actualmente se encuentra el país, resulta importante que los esfuerzos de investigación y persecución también se enfoquen en hechos graves violentos como homicidios y femicidios, así como el crimen organizado, que a través del narcotráfico y la proliferación de armas y municiones rompe con el orden social.

En ese sentido, la persecución penal debe estar basada en la proactividad de los fiscales, es decir que deben iniciar su trabajo de oficio, y no a la espera de la recepción de prevenciones policiales o denuncias por parte de las víctimas, además que supone realizar el análisis criminal a través del trabajo en equipo, con el fin de prever el actuar criminal y orientar el actuar fiscal a objetivos determinados.

<sup>4</sup> Secretaría de Política Criminal del Ministerio Público. *Plan para la formulación de planes de persecución penal por región para el año 2010.*



## V. Conclusión

A pesar de que el Ministerio Público actualmente atraviesa por una crisis en su institucionalidad, derivada del proceso de elección del Fiscal General y factores externos, el modelo implementado en Quetzaltenango ha continuado funcionando como una buena práctica del sistema de administración de justicia, que a su vez constituye un desafío importante para las próximas autoridades que administren la institución, en cuanto a su consolidación e inicio de replicar la experiencia en otras Fiscalías distritales.

En la situación de violencia y criminalidad que se encuentra el país, esta acción cobra relevancia, ya que para la eficiencia y eficacia en la persecución penal es fundamental la reestructuración del Ministerio Público, por medio de la reorganización de las Fiscalías distritales como espacios fundamentales de la política de persecución penal en los departamentos de la República. Esto, con el objetivo de incorporar mecanismos de gestión del trabajo fiscal que coadyuven a mejorar los índices de efectividad del MP y a reducir los niveles de impunidad existentes en el país. ■

# La situación de la investigación y la persecución en los sistemas penales de las Américas

- 1 ¿Cómo valora la investigación de casos a cargo del Ministerio Público en su país?
- 2 ¿Existe una política de persecución por parte del MP identificable?  
¿Cuáles son los delitos que más se persiguen?
- 3 ¿Cómo se da la relación entre el MP y los organismos investigadores (policías, organismos periciales) en su país?
- 4 ¿Cuáles son los obstáculos o problemas internos, externos y de contexto político que ve en las capacidades de investigación del MP? ¿Qué recomendaciones plantearía para superarlos?

## ARGENTINA

Daniel Rafecas, 25 años de carrera judicial en el Fuero Penal de la Ciudad de Buenos Aires. Desde el año 2004, titular del Juzgado Federal en lo Criminal N° 3 de Buenos Aires.

1

La regla en la Argentina, en el ámbito nacional y federal, lamentablemente es que las investigaciones judiciales, sobre todo las investigaciones complejas, estén a cargo todavía de los jueces de instrucción. En este modelo tan particular, tan arcaico, se superponen facultades requirentes y facultades convencionales. De modo tal que en mi experiencia personal, tanto cuando estuve en el Ministerio Público en los años anteriores, como en estos seis años de juez de instrucción, son muy pocas las experiencias que uno pudo haber tenido de investigaciones complejas que estén íntegramente a cargo del Ministerio Público. La gran mayoría de las experiencias son por investigaciones de este Juzgado o por investigaciones de otros colegas jueces.

**Y cuando la investigación la realiza el juez, ¿pide algún tipo de colaboración al fiscal en turno? ¿Comparan, colaboran en la investigación? ¿O cuál es el rol del fiscal hoy en el sistema federal?**

La regla, por una cuestión incluso cultural de cómo funcionan nuestros tribunales, cultura que yo también tengo introyectada en la labor que hago todos los días, que también la tienen introyectada los propios fiscales, es que las investigaciones se llevan adelante en forma exclusiva en los Juzgados. Este modelo que está vigente actualmente, arcaico, pesado, contradictorio, vetusto, es un modelo procesal que se inauguró en 1992. Durante todo el siglo XX, el sistema procesal penal nacional estuvo regido por un modelo profundamente inquisitorio, o inquisitivo. Esta cultura inquisitiva sigue plenamente vigente hasta el día de hoy y es lo que también en algún modo explica el hecho de que si bien en esta etapa que ya lleva casi veinte años hay algunas posibilidades para que el juez les abra un espacio de colaboración a los fiscales, esto de hecho no sucede. Ni los jueces solemos hacer este tipo de apertura, ni los fiscales están muy dispuestos a aceptarla o asumirla. Cuando se ha hecho algún intento, la respuesta de la Fiscalía es que ellos no tienen medios ni recursos, no se sienten cómodos trabajando en esa situación. De modo tal que por este imperio de la cultura inquisitiva que sigue estando muy introyectada en los operadores jurídicos, en el orden nacional, yo te diría que los jueces controlan una suerte de monopolio de las investigaciones penales.

2

Como rige paralelamente a la vigencia de la cultura inquisitiva, rige en Argentina desde siempre este lema o principio llamado de “legalidad procesal”. Es decir, en el orden nacional han sido muy pocas y de muy corto alcance las medidas o la introducción de principios de oportunidad. Con lo cual, la regla de los fiscales es la regla que informa al modelo burocrático del Ministerio Público. Es decir, se tienen que perseguir todos los delitos sea cual fuera el daño jurídico. Entonces, como primera medida, desde siempre, yo lo he visto tanto desde adentro del Ministerio Público como ahora en el Poder Judicial, en general los fiscales no hacen distinciones, o no se advierten demasiadas prioridades en esta mirada presuntamente objetiva que se tiene sobre todos los delitos.

Lo que sí se puede advertir como líneas político-criminales que el Ministerio Público fiscal puede llegar a instrumentar y que tal vez dejan entrever la preocupación desde un punto de vista político-criminal, es la creación e implementación de algunas Unidades Fiscales. Eso está demostrando objetivamente una preocupación especial por cierto tipo de criminalidad. Hemos visto en los últimos años la creación de varias Unidades Fiscales relacionadas con la delincuencia económica y el crimen organizado. Esto permite inferir que hay un énfasis en este tipo de delitos.

En los últimos tiempos también se advirtió de parte de los fiscales una preocupación especial y un despliegue de medidas y otras iniciativas en el campo de la trata de personas. Y también, hará aproximadamente siete u ocho años, en un momento un poco complicado para la realidad nacional, también el Ministerio Público hizo énfasis en los secuestros extorsivos. Cuestión que felizmente, y gracias al muy buen trabajo del Ministerio Público, fue un fenómeno criminal que en los últimos años tendió a reducirse hasta prácticamente desaparecer. También tengo que agregar, sin lugar a dudas, que la Procuración General del Ministerio Público tiene una clara y marcada preocupación y está dedicando muchos recursos a la coordinación, el impulso en todo el país de las causas donde se investigan las violaciones a los derechos humanos por crimen de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura. Cosa que me consta, porque en este Juzgado tramitan una causa muy importante. Además integro la comisión interpoderees que se coordina desde la Corte Suprema y allí interactuamos con representantes del Ministerio Público Fiscal que realmente están a la vanguardia de las preocupaciones por avanzar en estos casos.

3

En general las fuerzas de seguridad mantienen una relación distante con el órgano jurisdiccional y no hay una dependencia plena del órgano jurisdiccional. Ellos colaboran, cumplen con los cometidos en tiempo y relativamente en forma, pero las fuerzas de seguridad tienen muy claro que funcionalmente siguen dependiendo del Poder Ejecutivo. Entonces esto es como una incoherencia dentro del sistema. Lo ideal sería que este tipo de órganos técnicos de investigación dependiera directamente del Poder Judicial. Lamentablemente, lo que constituye otro déficit del sistema penal argentino en el orden nacional, todas las fuerzas de seguridad y todos los órganos técnicos, criminalística y demás, siguen dependiendo funcionalmente de distintos ámbitos del Poder Ejecutivo: Ministerio del Interior, de Justicia.

El Poder Judicial sí tiene algunos cuerpos periciales: peritos contadores, peritos informáticos, por supuesto peritos médicos forenses. En general son órganos muy burocratizados, muy lentos, con muy pocos recursos, y si a los trabajos que se le encomiendan no se les ponen plazos, pueden tardar mucho tiempo. Y entonces, lo que desde el Juzgado hacemos es imponerles plazos perentorios para que entreguen los trabajos. Y con una presión muy fuerte desde el Juzgado, estos órganos más o menos van cumpliendo con lo que se les pide. Pero está claro que en estas áreas faltan inversiones y una actualización, tanto en personal como en recursos materiales para estar a la altura de las circunstancias.

**Con respecto a las policías, ¿no existe alguna forma de actuación de coordinación, de seguimiento o de dirección hacia dónde tiene que ir la investigación con ellas?**

Bueno, el seguimiento y la coordinación los hace el Juzgado. Nosotros hemos trabajado muchas causas complejas donde intervinieron distintas áreas de policía y está claro que tiene que haber alguien que coordine y allí aparece la figura del juez o del fiscal, en primer orden de consideración. De hecho, funciona de esa manera: el juez, por ejemplo, da instrucciones a un órgano técnico de la policía federal que se dedica al rastreo de llamadas telefónicas, a otro organismo de policía federal le encomienda el rastreo de los patrimonios de los sospechados, y a una tercera agencia el levantamiento de rastros de otro tipo en el lugar de los hechos, etc. Y toda esa coordinación se realiza desde el Juzgado. No hay un órgano en el medio que pueda colaborar u orientar.

4

Estoy convencido que el principal problema que tenemos es el modelo procesal en el cual nos desenvolvemos. Especialmente en la contemplación en pa-

ralelo de cómo está funcionando el modelo procesal penal en la provincia de Buenos Aires o en la propia ciudad de Buenos Aires. Acá el problema clave es que todavía no hemos logrado avanzar hacia un modelo acusatorio en el proceso penal nacional. Entonces se hace muy difícil. Y además el modelo procesal vigente es un modelo muy lento. La instrucción es escrita. No hay audiencias orales. Entonces no hay intermediación, no hay celeridad, no hay economía procesal. Ninguno de los principios cardinales del proceso penal moderno está presente en el Código Procesal Penal vigente a nivel nacional. Se hace muy difícil porque además el modelo permite a las defensas un repertorio interminable de planteos dilatorios. Puede plantear nulidades en cualquier momento del proceso, capacidades recursivas para irse a la Cámara, de ahí a la Cámara de Casación. Y en todas esas instancias hay un amplio dominio de la lógica burocrática, se corren vistas y se demoran las cuestiones.

El principal problema es el sistema acusatorio, no tengo duda. No digo que esto vaya a ser la panacea o que vayamos a hacer una vuelta de campana, pero no hay duda de que este es el punto cardinal. Deberíamos tener un modelo acusatorio donde las investigaciones estén a cargo de los fiscales, que haya una estructura mucho más ágil, más dinámica, menos burocrática, que se formen equipos, que se capaciten especialistas y que haya facultades autónomas de investigación, que los fiscales den claramente las instrucciones que tengan que dar y que se formen equipos especializados con técnicos. Y luego, con la investigación hecha, que se presente frente a un juez que va a actuar imparcialmente sin estar contaminado por el hecho de que el mismo juez haya sido el que investigó.

En fin, para mí el punto de partida y en buena medida para la solución de estos grandes déficits que tenemos, es el cambio de modelo procesal hacia un modelo acusatorio.

**¿Hay algún obstáculo externo para que el cambio procesal no se produzca? ¿Dónde ves que no avanza la reforma procesal penal? ¿Por qué? ¿Es interno de los operadores? ¿El poder de los jueces se ve amenazado al solo tener que actuar en la sala de audiencias?**

Dos ejemplos: en 1992 también se daba una situación parecida con la propuesta de pasar a los juicios orales. Había mucha resistencia en los tribunales, no se entendían las razones de los juicios orales. Se veía con temor, como todo cambio en una agencia burocrática. Y el segundo ejemplo es la cuestión de la reapertura de los procesos por crímenes de lesa humanidad. También en los tribunales se escuchaban los comentarios sobre cómo íbamos a hacer sin recursos ni personal o lugar para los juicios, o capacidad para buscar pruebas después de treinta años. Las quejas y los lamentos de las burocracias siempre están presentes, Y las resisten-

cias también. Pero así como en 1992 se modificó el modelo, y a partir de 2004/2005 se reabrieron los procesos generales, estamos avanzando muchísimo. Esto también es un ejemplo, en esta coyuntura, de que las resistencias, prejuicios y temores de las burocracias judiciales no son el obstáculo. Acá la cuestión clave, para mí, es la decisión política, como la hubo en 1992 con la reforma al juicio oral y como hubo en 2003 con la reapertura de los procesos.

La decisión es política. Que el Poder Ejecutivo y el Legislativo se pongan de acuerdo y que por un alto grado de consenso se sancione un Código Procesal Penal de la Nación, con el apoyo del oficialismo y el de las bancadas democráticas que están en la oposición. Y a mí me consta que todos están de acuerdo con la necesidad de reformar el Código. Si la decisión política está, la reforma se hace y la agencia burocrática lo toma como un hecho consumado y se va a tener que adaptar. No creo que las resistencias de los jueces, incluso de los fiscales, sea un obstáculo serio para el progreso de estas iniciativas. Yo creo que si no hubo una modificación hasta el momento es porque la clase política de la Argentina se siente cómoda con este modelo. Esta es la cuestión. Pero en algún momento, si realmente se quiere la consolidación de las instituciones democráticas, la lucha contra la corrupción, el cumplimiento de ciertos estándares internacionales a los que la Argentina se comprometió adhiriéndose a numerosos tratados en distintas áreas, este paso es inexorable y urgente.

**Marcelo Colombo – Fiscal de la Procuración General de la Nación a cargo de la Unidad Especial llamada UFASE que asiste y colabora con fiscales federales en la investigación de delitos de secuestros extorsivos y trata de personas. A su vez también subroga una Fiscalía de Juicio Oral en lo Federal en la Ciudad de Buenos Aires.**

1

A nivel federal, lo que podemos hacer es una distinción entre los casos de secuestros extorsivos donde la investigación está a cargo del fiscal y en los otros secuestros donde no está a cargo el fiscal. Desde que salió la ley de secuestro extorsivo, dándole al fiscal facultades para investigar, me parece que el Ministerio Público ha ido adquiriendo una experticia en la investigación de este delito, y esto se muestra en las sentencias condenatorias que existen sobre secuestros extorsivos. Y además permite ir caminando, aunque sea despacio a nivel nacional, sobre un sistema acusatorio más pleno donde el fiscal sea quien investiga, quien hace todas las medidas y después lleva el caso a juicio. En federal, el único delito que está obligatoriamente en manos de la Fiscalía es la instrucción. Así que ahí

me parece que hubo un progreso desde que salió la ley hasta el día de hoy.

Y después, en los demás delitos dependemos mucho siempre de la delegación que hagan los jueces sobre la instrucción. Porque sino no se sabe si el fiscal está para colaborar con el juez, si hace investigaciones complementarias. Y a veces el juez se enoja porque él está a cargo. Se generan ciertas rispideces. Como fiscales nos colocan en un lugar muy cómodo. Porque aun los fiscales activos generalmente nos topamos con jueces de instrucción que también se conciben como investigadores y eso genera problemas. Lo mejor sería ir cambiando plenamente hacia una reforma del Código que nos habilite a investigar, y al juez a decidir.

2

Sí. Hablando del Ministerio Público federal, desde un tiempo a esta parte noto que hay una impronta del procurador en generar algunos debates que son interesantes respecto de determinados delitos, por ejemplo: todo lo que tiene que ver con el ataque al núcleo patrimonial del delito, en lo que son delincuencias organizadas. Yo creo que es un acierto de esta política criminal, de Righi particularmente, que es el fiscal general. Es algo que desarrollamos en secuestros y en trata, pero a su vez se desarrolla en otros delitos: en lavado, delitos tributarios, etc. Esa es un agenda que noto que los fiscales la persiguen y que de a poco la van incorporando porque este cambio es un cambio cultural. A nosotros nos pasa en trata: tenemos todas las herramientas legales para perseguir el delito y para perseguir el núcleo patrimonial. Pero muchas veces estas herramientas no se usan por defectos de la propia práctica forense. O por defectos de los jueces o de los fiscales que no pedimos oportunamente el embargo durante la instrucción para poder decomisar.

**Y esta falta de búsqueda de otras herramientas ¿es porque no las tienen legalmente, porque no tienen capacitación o porque no tienen instrumentos idóneos para utilizarlos?**

Yo creo que es cultural. Es netamente cultural. Estoy cada vez más convencido. Hace poco hubo una resolución de la Cámara del Crimen en una causa por Ley de Profilaxis, que es una ley que tiene pena de multa nada más, que castiga a quien sostiene un prostíbulo, básicamente. Y nosotros estamos como coaccionantes en esa causa y llevamos la discusión sobre decomisar preventivamente, incautar los bienes de ese regente del prostíbulo. Y la Cámara nos dio la razón; pero litigando acá en Correccional, nos decían que nunca se les había planteado esa situación. Es más: ellos lo veían como ajeno a sus competencias. Estaban inseguros sobre si podían decomisar o no. El juez nos dijo que no, y fuimos a la Cámara y nos dijo que sí. Y teníamos las mismas

herramientas históricas: las herramientas de embargo en el Código Procesal Penal de la Nación, la posibilidad de decomisar por el artículo 23 y si bien, como tiene pena de multa tiene la posibilidad de extinguir la acción penal pagando el mínimo de la multa, hay una parte del artículo 62 que dice que tiene que dar a favor del Estado los bienes presumiblemente decomisados. Es una herramienta que estaba históricamente en el Código y que no era utilizada.

Por eso me parece que se trata de cambiar la mirada, el enfoque y la dirección de la investigación. No sólo tratar de probar un hecho punible sino ver el costado patrimonial y ver cómo hacerse de ese costado patrimonial que muchas veces es más eficaz, sobre todo en delincuencia organizada, para ir desbaratando las redes, y apuntar a la composición patrimonial del grupo delictivo.

**Pero para llegar a utilizar estas herramientas que ya están, esta imaginación que necesitan los tribunales y los fiscales, para generarla, articularla o fomentarla: ¿Qué te parece que debería realizarse desde el Ministerio Público? O ¿cómo deberían los fiscales utilizar los instrumentos que hoy existen?**

Yo creo que como todo cambio cultural, lleva su tiempo. A mí me parece muy positivo que haya un procurador que dé ese mensaje hacia sus fiscales. Incluso a través de la herramienta más fuerte que tiene un procurador que son las instrucciones generales. Entonces con estas puede decir "bueno, vamos por el núcleo patrimonial".

Después es un trabajo de capacitación y entrenamiento y de que todos veamos el momento y la posibilidad de hacerlo como fiscales. Este fallo me parece que es provechoso en ese sentido porque nos muestra a todos nosotros como fiscales y a los fiscales correccionales que en una causa, por ejemplo de Ley de Profilaxis, se puede incautar lo recaudado por la explotación sexual de mujeres. Eso es un paso adelante.

Y no es que antes no lo hacían por cuestiones oscuras, sino porque no lo veían como posible. Por eso es un cambio cultural, de paradigma y de óptica del problema.

**Entonces los delitos que más se persiguen son los que tienen núcleo patrimonial detectable.**

No, la política del procurador es ir a que se persigan esos delitos. Históricamente los delitos que más se persiguen y condenan son los delitos de flagrancia. Los que son más fáciles. Los que el sistema puede captar de un modo más sencillo. Eso es lo que viene pasando históricamente. Me parece que está bueno pensar en revertir esa situación y una forma de hacerlo es posicionar en la misma jerarquía otro tipo de delitos. Por ejemplo, siempre hablo con gente que habla de problemas de seguridad. Y siempre se plantean históricamente los

mismos problemas: secuestros extorsivos, homicidio, robos; aquellos que tienen que ver con lo que la cultura mediática a su vez nos informa y nos transmite sobre los problemas sociales. Pero, por ejemplo, no se ve a la trata de personas. El problema de la trata no se asocia al problema de seguridad y es un problema tan grave o más grave que otros. Porque hay personas que están siendo explotadas, que están siendo reducidas a servidumbre. Hay muchas afectaciones a la víctima y sus derechos que son tanto o más importantes que los otros que ya se conciben como problemas de seguridad.

Es una discusión cultural e ideológica. Los que más se castigan son los de flagrancia y los robos. Y si uno mira la jurisprudencia que hay, es alrededor de esos delitos patrimoniales y contra la vida, pero no tanto sobre otros delitos como corrupción administrativa.

Generalmente, la doctrina que existe sobre esos delitos hoy en Argentina es doctrina construida por abogados que defendieron a imputados en esos delitos. Y hay que salir a pelear esa discusión técnica, por ejemplo, de cómo interpretar las negociaciones incompatibles, cómo interpretar el enriquecimiento ilícito, delitos que están vinculados a la corrupción.

Entonces me parece que cuando un procurador dice qué delitos le interesan, como lo está diciendo con las Unidades Fiscales, y está diciendo a su vez que va a atacar el núcleo patrimonial, está dando señales hacia abajo, lo que es importante para que después cada uno las empiece a tomar y entrenarlas.

### 3

No es una relación aceptada, me parece. No es demasiado buena. No sé si haya visto vínculos institucionales fuertes como para decir "si hay un problema en la investigación de este delito, podemos acudir a un taller que organiza la policía donde podamos dirimir este problema". Creo que no existe. Empezamos por las agencias de seguridad. Existen problemas de comunicación con los fiscales, y va de la mano con que la policía trabaja mucho más con los jueces que con los fiscales. Como son los jueces los que investigan, los fiscales no tienen tanto trato con la policía, salvo en los casos que les son delegados o en los secuestros extorsivos. Sino, el trato es con el juez. Ahí ya hay un problema: la policía tiene dos personas que les da directivas. Eso me parece que es otro problema que genera nuestro Código Procesal Penal.

Y después están aquellos delitos donde hay mayor conflictividad en la estructura policial. Por ejemplo, la trata de personas es un delito que nació cuando se sancionó la ley, con la idea preconcebida, existente y hoy vigente, de que hay connivencia policial en la protección de los prostíbulos y de los talleres clandestinos. Y esto es una realidad. No solamente a nivel de la ciudad de Buenos Aires, sino en todo el país, porque cultural-

mente se creía que era algo que podía existir pese a que hay una ley que dice que no. Además, de la mano de eso, por supuesto que las policías locales conocen a los regentes. Esa connivencia existe en los casos de trata. La idea de la ley fue romperla a través de la federalización del delito. Así se podía hacer un allanamiento en La Pampa sin avisar a las fuerzas locales. Es una medida buena para hacer controles cruzados o competencias concurrentes, para que alguien pueda ir y meterse en una competencia que alguien cree que es única y por ende puede protegerla.

Pero la verdad es que, para mí, no está lo suficientemente aceptada. Deberíamos trabajar muchísimo más sobre la idea de que los fiscales puedan confiar en su policía o sus fuerzas de seguridad y a su vez dirigir las investigaciones. Porque lo que noto muchas veces que se le dice a la policía es que haga tarea de inteligencia sobre tal lado pero no se le dice lo que tiene que ir a probar. Y sucede en delitos que son un poco más complejos que un robo —donde la policía se tiene que dar cuenta rápidamente lo que tiene que probar, como delitos de drogas—. En trata, tenés que probar, por ejemplo que la víctima viene de una situación de vulnerabilidad o que podría haber un engaño. Entonces hay que darle instrucciones más precisas a la policía sobre qué tienen que ir a buscar. Y tiene que establecerse esa comunicación de fiscal conductor y policía que ejecuta las medidas que no puede hacer el fiscal.

Después está la idea de que el fiscal puede hacer muchas cosas que delega a través de la investigación por la web. Con todos los avances de la tecnología, pero a su vez de las vinculaciones que hizo el Ministerio Público con distintas bases de datos, uno puede investigar muchísimo desde la propia computadora: situación de personas, de trabajo, a qué se dedica, con quién se relaciona, haciendo una lectura de la sábana de llamadas. Hay mucha investigación que puedo hacer desde el escritorio a partir de la información que cada vez es mayor. Y eso es algo que también hay que empezar a incorporar: la idea de fiscal investigador. Si se concibe como investigador, se puede avanzar ahí. Hay muchos fiscales que lo hacen, pero hay otros que delegan automáticamente y lo delegan sin dirigirlo. Y eso es un problema.

Y con las pericias hay todo otro mundo, sobre todo en temáticas de corrupción y lo que tiene que ver con el cuerpo de peritos contables, donde ya ha habido muchos problemas con fiscales y jueces. Para mí, hay dos errores claros. Uno es cuando se le pide a los peritos contables cosas que no son propias de su saber: por ejemplo, se le pide que diga si una contratación pública fue realizada de acuerdo a las normas que rigen las contrataciones directas. Esto es un error del juez, porque está delegando un examen normativo que tiene que hacer él. Si el caso se adecua o no a las normas lo tiene que decidir él como juez. Lo que puede hacer el cuerpo pericial es auxiliar en alguna interpretación sobre libros

contables. Pero siempre es mucho más importante definir bien los puntos de pericia, casi en paralelo con la policía, porque tenés que decirle a la policía qué investigar y definirle el objeto de investigación y hacer lo propio con los auxiliares.

En la determinación de esos puntos, a veces los fiscales necesitamos que venga un contador o alguien que sepa de números, de balances, de fideicomisos, de sociedades, como para saber bien qué preguntar. Si sabés bien qué preguntar, podés morigerar la arbitrariedad de la respuesta. Determinar bien los puntos y que haya un perito de parte del fiscal que vaya a discutir con los peritos de la defensa el producido del dictamen.

**Respecto de las relaciones de trabajo de las Fiscalías, en tu caso de la UFASE, con las policías, ya sea tanto las nacionales como las provinciales, ¿han intentado hacer talleres interinstitucionales para dar pautas acerca de qué investigar en el delito de trata, por ejemplo?**

Sí, los dos. En secuestro y en trata. Con Gendarmería, con Prefectura, que ahora se incorporó como un nuevo actor para perseguir trata. Y tenemos jornadas de técnicas de investigación en el delito de trata. Y con Gendarmería venimos trabajando muy fuerte. Y con Policía Federal también, porque muchas veces coincidimos en algunas capacitaciones y ahí es donde capacitamos hacia fuera pero también nosotros estamos en vinculación.

Creo que es un camino que no termina nunca. Porque nosotros estamos hace dos años en temática de trata y hay cosas que estamos haciendo hace dos meses que no las hacíamos antes porque estamos aprendiendo cómo investigar. Entonces, si uno capacitó o hizo una jornada hace un año vas a tener que reiterarla el año que viene para ver cuáles fueron los buenos resultados o los avances de la investigación. Y todo eso hay que institucionalizarlo.

Entonces, hay que coordinar con otras agencias del Estado, como el Ministerio de Justicia, con el que estamos trabajando coordinadamente. Pero ajustándonos también, porque por ejemplo, una cosa que pasaba al principio era que la oficina de rescate hacía un informe y decía si había trata o no. La oficina de rescate, que es un auxiliar que escuchaba a las víctimas, y ese informe a veces lo tomaban como una verdad absoluta respecto de la existencia de trata o no. Ellos veían que se solucionaba el problema a través de lo que decía la oficina de rescate. Hablamos con la oficina y ahora no hace esos informes sino que hace informes subjetivos de lo que dice la víctima, y es el juez el que hace la interpretación judicial del caso. Pero esas cosas se van corrigiendo. Por suerte con la oficina tenemos buen diálogo, y hoy en día ya no hacen esos dictámenes conclusivos sobre un delito porque no le corresponde. Y además los podría poner en problemas a ellos por no ser esa su responsabilidad.

**4**

Uno de los problemas es conseguir información. Por ejemplo, cuando hacemos una investigación preliminar o delegada, hay determinada información que se la dan solamente a los jueces. AFIP, por ejemplo. Si yo no tengo la investigación delegada por el juez, y hago una investigación preliminar, no puedo pedirle información a la AFIP que solo se la da a los jueces. Y esa información es absolutamente indispensable para atacar el núcleo patrimonial.

El otro problema, también, quizás se podría solucionar con un juez que habilite esas órdenes. Tiene que ver con las investigaciones de las sábanas de contactos telefónicos, más en temas de trata y secuestro extorsivo. La cuestión es quién tiene la capacidad de pedirlo. Algunos dicen que un juez. Nosotros tenemos algunos canales de pedido de prueba medio obturados porque se entiende que solo el juez puede solicitarlo, o por lo menos hay mucha jurisprudencia en el caso de los llamados. Esos son algunos de los impedimentos internos. Algunos más ligados a obtención de información, seguramente, que podrían ser mejorados a partir de una ley.

Después, obviamente, la idea de tener una instrucción tan ritualizada, con tanto rigor formal y uno tiene que andar sacando un decreto y tal declaración, y poner todo ahí. Ese me parece que es un problema en la investigación. Sobre todo cuando uno tiene investigaciones más ágiles donde hay que ir al lugar y si se pudiera tomar nota, cual periodista, y después decir que se tiene esa información y llevarla a juicio, sería mucho más sencillo. Y ese es un problema interno de los fiscales y creo que también lo han tenido algunos jueces de instrucción. Pero los fiscales propiamente lo tenemos.

Algunas cuestiones también hacen a la poca relación que existe entre nosotros. Si yo tengo buena o mala relación con los fiscales, pero por lo menos es una relación, es porque estoy en una Unidad Fiscal. Pero hay muchos de los fiscales que no tienen relación entre sí, que no se conocen. Eso también es una deuda que tenemos todos de generarnos espacio de conocimiento, de diálogo y de compartir problemas e información sobre causas. <http://www.fiscal.net> es un gran avance sobre esto porque uno puede ver más o menos las investigaciones de los otros. Es una forma de abrir y socializar las causas. Además, el conocimiento personal es valorable porque te borra prejuicios. Y al conocer a la gente lo vas limando porque te das cuenta de que tiene los mismos o más problemas que vos para investigar. Eso genera una alianza, un espíritu de cuerpo. Me parece que no lo tenemos del todo desarrollado. Eso es más interno.

Y en relación a lo externo podría mencionar lo que hablábamos sobre la relación con las fuerzas, con los auxiliares. Quizás, generar mecanismos interinstitucio-

nales de coordinación, capacitación y hasta de socialización de los problemas. Esto me parece que es un tema pendiente. Y después, con los jueces.

El tema es asumírnos. Nosotros tenemos que tener nuestra propia opinión. Tenemos que llegar a desarrollar nuestra propia interpretación a partir de la instrucción. Y esta me parece que es una construcción del rol de fiscal que todavía está trabajándose. Eso tiene que ver con la construcción del rol del fiscal y tomarlo con responsabilidad. Creo que la reforma del Código y el rol del fiscal se van a ir acomodando y si hay una reforma más acusatoria, se va a venir un cambio cultural. También el rol del fiscal en un rol más protagónico. Creo que esa es la conclusión: debemos tener un rol más protagónico en la investigación, la cual tiene que ser nuestra. Y los éxitos y los fracasos tienen que ser nuestros.

**¿Y ves algún obstáculo del tipo de contexto político o algún problema en la actividad del Ministerio Público?**

No, la verdad que no. Yo coordino una Unidad Fiscal y nunca tuve ninguna sugerencia para algún lado u otro. Lo que sí puede jugar a favor, esto sí es importante, es si la agenda política pone sobre la mesa un problema y determina que es el problema. Por ejemplo, trata: la ley la sancionaron hace dos años y es cierto que el Ministerio de Justicia encaró un dispositivo dentro del Poder Ejecutivo, como la oficina de rescate. Puso gente a cargo, le dio su impronta, y eso ha generado una agenda política hacia las provincias que ven que es un tema que al Estado Nacional le interesa. Entonces, como es un tema que le interesa, creo que se contagia. Lo mismo que decíamos del procurador: si él cree que el tema merece instrucciones generales, eso debería generar una situación de contagio positivo hacia abajo. Y me parece que la instalación de debates, por ejemplo en el tema de derechos humanos, quieras o no, ha generado una acción y una proacción de fiscales y jueces. Y los humores del Poder Judicial también se contagian de la agenda política. En eso sí quizás sea un problema que el Poder Judicial también se acomode a las olas que genera un delito. La incidencia es así, es más macro. Si ellos ven que la trata es un problema, como lo vieron en su momento, se generará que los jueces lo vean como un problema y los fiscales lo pensemos como un problema a solucionar, e intentemos dar una respuesta. En ese aspecto nada más.

**¿Qué recomendaciones plantearías para superar los obstáculos que hoy ves en tus investigaciones?**

Para mí es absolutamente imprescindible reformar el Código Procesal Penal. Estamos operando con un instrumento absolutamente viejo, arcaico y que no nos sirve. Eso es como algo transversal a la solución de cualquier problema.

Y después, acompañar esa reforma con una idea de un Ministerio Público fiscal en el cual no se con-

ciba a cada uno de los fiscales como una autonomía funcional. Yo creo que el procurador tiene que tener la posibilidad de armar grupos de fiscales y de trabajo de acuerdo a las necesidades que él tenga. Y creo que eso modificaría el esquema. Podría ser una batalla ideológica y cultural dentro de la Procuración. Pero me parece que se tiene que pensar como un estudio jurídico grande. La idea tiene que ser esa: "somos fiscales y para el procurador yo sirvo para un delito pero no sirvo para investigar otros". Él tendría que tener la libertad para asignar fiscales por casos, en base a experiencias. Creo que si el procurador no tiene esas herramientas le es muy difícil solo con las instrucciones generales hacer una modificación sustancial respecto del funcionamiento del Ministerio. Estos me parecen pilares.

Hay cuestiones menores que hacen más a la dimensión cultural. Es decir, que los persecutores de la reforma vayan acompañados por un cambio y que cada uno se conciba como fiscal y que reclame ese rol protagónico. Y también esto de la relación con las fuerzas. Que el fiscal pueda investigar algunos casos y que pueda elegir a las fuerzas con las que quiere trabajar, que tenga dirección sobre esa investigación. Después, trabajar mucho. A mí me gusta trabajar. Las cosas las vas descubriendo trabajando. Si tenés ganas, vas aprendiendo, vas mejorando.

**En esta idea de reforma, del despacho fiscal, de múltiples fiscales que coordinen y trabajen un mismo tema, ¿hay egoísmo respecto de las causas o generar un equipo de trabajo tipo estudio jurídico donde se especializan, investigan y se apoyan?**

Yo creo que la opción es la segunda. Con una actitud proactiva en general, mejoraríamos muchísimo el rendimiento del Ministerio Público. Porque sería más sencillo para el procurador general mismo preguntarle, y para la UFASE central en mi caso, preguntarle a la UFASE región sur cuántas causas generó en este mes, qué problemas tuvo, qué fuerzas tuvo, por ejemplo. Así es mucho más sencillo coordinar y generar experticias en cada uno de los operadores en investigación del delito de trata. Esa es una buena solución.

También la posibilidad de sustituir. Que no sea fiscal antitrata toda la vida, porque por ahí generaste una especialidad en otro tema y es importante que puedas tener la libertad de generar grupos de trabajo. Pero sí, la idea del fiscal en su lugar, con sus causas, genera que no se conozcan, no compartan problemas, que no aprendan a trabajar en equipo.

Algunas de las cosas que hablábamos con un grupo de fiscales en juicio oral, es que hay casos que son muy grandes para uno solo. Por ejemplo, estuve solo en un caso grande y ahora a la distancia veo que fue un error. Esto sería bueno para dividir el alegato, por ejemplo. Este que menciono duró 12 horas y a las 6 horas ya no daba más. Fui a comer, volví. Ya casi fue



humanamente imposible. No se puede hacer un alegato consistente durante tanto tiempo. Después, para turnarte en las preguntas, en el enfoque, para pelear discusiones. Lo he hecho en casos de secuestro y nos resultó muy productivo. Porque discutíamos los dos, nos dividíamos el alegato, nos dividíamos los testigos. Creo que fue una actuación del Ministerio Público mucho más consistente.

Y ahora estamos intentando ir de a dos cuando hay un juicio grande. Pero tendría que ser algo más institucionalizado. Que un grupo vaya a un juicio, y otro a otro, como pasa en derechos humanos. Y me parece que eso debería tener la disponibilidad del procurador para poder hacerlo en los casos en que a él le interesa. Porque es una manera para definir política criminal. Sino, no va a poder avanzar.

### CHILE

**Rodrigo Balart, oficial superior de la Policía de Investigaciones de Chile.**

1

La Policía de Investigaciones considera que la investigación de los casos a cargo del Ministerio Público, en la reforma procesal penal chilena, es bastante positiva. De partida, lo primero que quisiera señalar es que cuando se planteó en Chile, a partir del año 1995, la posibilidad de tener un nuevo Código Procesal Penal, las presentaciones que la policía de investigaciones de Chile hizo ante el Congreso respecto de este nuevo sistema de enjuiciamiento y la posibilidad de remplazar un sistema inquisitivo con un sistema de corte acusatorio, en el cual se le entrega la investigación a un ente nuevo como es el Ministerio Público, a diferencia de otros países en que el Ministerio Público no existía. Y que funcione acá, donde era un ente absolutamente nuevo y que va a dirigir la investigación y que la policía, a efectos de desarrollar esa investigación, lleguen a ser auxiliares, generó en la policía de investigaciones una opinión bastante positiva. Y la historia desde la entrada en vigencia del Código Procesal Penal nos ha dado la razón. En primer lugar porque el Ministerio Público se constituye no solo en el ente principal del nuevo sistema de persecución criminal, en un actor fundamental, sino que sirve en el hecho como un árbitro respecto de la actuaciones que desarrollan las policías.

En Chile, a diferencia de otros países, tenemos dos policías. Si bien es cierto, la que de acuerdo a su ley orgánica, principalmente cumple las aras de investigación es la Policía de Investigación de Chile, también Carabineros de Chile desarrolla las labores de investigación cuando el Ministerio Público así se lo encomienda. Y nosotros estimamos positivo que haya un

árbitro, por así decirlo, que pueda dirimir eventuales conflictos que se pudieran producir y que antiguamente eran más frecuente que se produjeran.

En segundo lugar la investigación de los delitos a cargo del Ministerio Público, un órgano especializado integrado por abogados, permite a las policías depurar sus procedimientos. Nosotros siempre hemos dicho que el sistema acusatorio público oral, desnuda falencias que en el sistema inquisitivo de carácter escrito, secreto, pasaban desapercibidas. Y en ese sentido también la intervención del Ministerio Público nos permite a nosotros corregir a tiempo deficiencias que se denotan.

Ahora, cuando decimos que la opinión que se tiene respecto de la investigación de los casos a cargo del Ministerio Público es positiva, no solo es un opinión interna, subjetiva, de la Policía de Investigaciones de Chile, sino creo que es un hecho que ha sido reconocido a nivel de Latinoamérica como una de las reformas exitosas precisamente por la labor importante que desarrolla el Ministerio Público.

Y ¿cómo se demuestra lo positivo que ha resultado de la investigación de los casos por el Ministerio Público? En primer lugar, porque se ha producido una disminución notable de los términos de la investigación. Cuando teníamos nosotros el sistema inquisitivo, secreto, no era poco frecuente que los sumarios se extendieran por largos años. Estamos hablando de cinco años, causas complejas podían durar perfectamente 10 o 15 años. De acuerdo a la última información disponible, que está contenida en la última cuenta pública fiscal nacional, por ejemplo, se ha disminuido a 72 días las causas que tienen salidas no judiciales. Y a 126 días promedio aquellas causas que tienen salida judicial. O sea estamos hablando de causas que desde que ingresan al sistema hasta que terminan, han pasado 6 meses. Otro indicador que refleja precisamente lo positivo que ha sido esta investigación que lleva a cabo el Ministerio Público, es lo relativo a los importantes porcentajes de término de causas que se registran al primer año de ingresadas las causas. Al primer año tenemos que un porcentaje altísimo de causas tienen algún tipo de solución. Ya sea solución judicial o solución no judicial. Lo importante es que tenemos un gran porcentaje de causas con respuestas, que no se eternizan.

Sin perjuicio de eso, del porcentaje importante de causas que terminan al primer año, tampoco se puede desconocer que a medida que la reforma ha ido consolidándose en el país, y este modelo de investigación ha ido consolidándose, cada vez más han ido perfeccionándose las salidas, vale decir, cada vez más se va teniendo mayores salidas de tipo judicial, que son de mayor calidad, y menores salidas no judiciales, y eso también habla bien del sistema.

También encontramos que en este nuevo sistema de investigación a cargo del Ministerio Público se ha

ido produciendo cada vez más una conciencia de los niveles de especialización que se requieren, no solo las policías que siempre han tenido unidades y brigadas especializadas en distinto tipo de delito, sino también dentro del Ministerio Público. Si bien es cierto, las distancias fiscales tienen modelos de organización disímiles, y por ejemplo en Santiago tenemos unas fiscalías regionales con competencia territorial, también tenemos otras con conceptos de especialización más que de redistribución de trabajo territorial.

**Es importante aclarar que en Chile la Fiscalía está dividida y funciona de manera autónoma.**

Así es, cada una de las Fiscalías regionales tomó sus decisiones de organización de forma autónoma. Pero lo que quiero decir es que se ha ido tomando conciencia de ir hacia una mayor especialización. Y esto te lo grafico de dos maneras. En primer lugar, la creación del Ministerio Público fue establecida por una reforma constitucional, y con la ley orgánica 19.640 del Ministerio Público, se establecen unidades especializadas para la gran mayoría de los delitos que se comenten en materia de propiedad administrativa, delitos sexuales y de menores, drogas, etc.

Esa es una forma de entender la especialización. Pero también, y por eso digo que cada vez se ha tomado mayor conciencia, tenemos el plan estratégico del Ministerio Público para los próximos años 2010-2015, que se encuentra disponible en la página web del Poder Judicial, hace una distinción respecto de tramitación de casos menos complejos, complejos y de alta complejidad. Y respecto a esto último, casos complejos y casos de alta complejidad, se reconoce la necesidad de abandonar el modelo de tramitación territorial o de asignación de casos por territorio, para asignarlo a fiscales especializados con competencia nacional. Incluso la creación de unidades de análisis de casos de complejidad de carácter multidisciplinario y con fiscales altamente especializados. Eso también refleja algo positivo que es la reforma que entrega a este órgano nuevo, que ya no es tan nuevo, la investigación de los delitos.

También demuestra lo tremendamente positivo que ha sido este nuevo sistema el hecho de que se haya incorporado como un lineamiento estratégico del Ministerio Público la protección de víctimas y testigos. Y esto también es importante destacar porque en el sistema inquisitivo, la verdad que las víctimas y los testigos estaban entregados a su suerte. No existía una mayor preocupación por la suerte que corrieran salvo ciertos casos de delitos muy específicos, fundamentalmente vinculados a delitos de índole sexual, respecto de medidas de apoyo a las víctimas. Ahora el Ministerio Público tiene dentro de sus planes estratégicos que ya he mencionado, como uno de los pilares, el tema de una atención integral a las víctimas que se refiere

a orientación, protección y apoyo. Pero no solo una orientación general respecto de todo tipo de víctimas y testigos, sino que también un apoyo de carácter específico reconociendo que hay ciertas víctimas especialmente vulnerables que requieren de un apoyo más especializado por precisamente su carácter de vulnerabilidad, reconociéndose que a través de estas medidas de apoyo, orientación, se facilita la colaboración de la víctima en el proceso penal, lo que es fundamental para una adecuada finalización o resultado de la investigación, y en definitiva del resultado de esa causa que se puede llevar al juicio oral.

**2**

La verdad que la respuesta a esta pregunta es compleja y no sé si tendremos tiempo de abordarla en toda su dimensión. Lo primero que yo quisiera hacer antes de responderte, es hacer un poco de historia. En Chile, hasta el dictado de la ley 20.064, que entró en vigencia el año 2005, parecía indudable de que el Ministerio Público no solo no tenía una política de persecución penal, sino que directamente le rehuía. En este sentido, yo te puedo citar la cuenta pública. El fiscal nacional de ese entonces, el año 2004, don Guillermo Piedrabuena Richard, sostenía que la ley no le entregaba atribución al Ministerio Público proponer medidas de política criminal o de persecución de los delitos. Y él sostenía que en definitiva hacía símil de política criminal con prevención. Y decía: "Bueno la ley le da poder al Ministerio Público para intervenir una vez que el delito se ha cometido, pero no así para cuando el delito no se ha cometido" y en definitiva él estimaba, a mi juicio erróneamente, que el Ministerio Público necesitaba una ley que le permitiera proponer políticas criminales, o de persecución de los delitos. El tema puede ser discutible, por cierto, por esta separación tan tajante que se hacen con prevención y persecución como si no hubiera ningún tipo de relación entre ambas.

El hecho está en que la virtud de esta Ley 20.074 se modifica un artículo, el 21 de la ley constitucional del Ministerio Público, para permitir al fiscal nacional, cuando rinde cuenta pública de sus actividades, proponer políticas de persecución penal o modificaciones de carácter legal, para mejorar el sistema penal, dice la ley, para una mejor o más eficaz persecución de los delitos y para protección de víctimas y testigos. Por lo tanto, lo lógico sería pensar que a partir del año 2005, en virtud de esta modificación, el Ministerio Público debió haber conformado una política criminal clara conocida y compartida o criticada. Y aquí es, por eso digo que la respuesta es compleja, porque son muchos quienes en Chile sostienen que el Ministerio Público no ha cumplido lo que en esta materia se le exige como principal órgano, como señalé en la respuesta anterior, principal órgano encargado de la persecución penal.

Es cierto que siempre, desde antes de la modificación del artículo 21, en el año 2005, el Ministerio Público ha dictado instructivos (dirigidos a los fiscales) respecto de la forma de investigar ciertos delitos y estableciendo criterios por los cuales los fiscales debieran instar o no instar para utilizar ciertos mecanismos de salidas tempranas, o de salidas alternativas, como la supresión condicional del procedimiento. Y en esos instructivos el Ministerio Público estableció que hay ciertos delitos, que por el carácter de las víctimas, por ejemplo delitos contra menores de edad, por la frecuencia, como ciertos delitos contra la propiedad, por la mayor ocurrencia, como ocurre con la violencia intrafamiliar, es conveniente evaluar con mucha precaución y directamente desincentivar el uso de estas salidas tempranas o salidas alternativas.

Entonces, tal vez alguno podría sostener que eso es una política de persecución criminal, cosa que creo yo que no lo es. O sea, lo que quiero decir es que existen instructivos de estas características pero yo no entiendo que eso conforme lo que entendemos en general como una política criminal. Y en ese sentido, si entendemos que la política criminal debiera estar dirigida a establecer metas concretas, a fijar plazos para el cumplimiento de esas metas, a fijar tareas, asignar los distintos actores que interviene en este sistema, entre los fiscales, la policía, los tribunales, a pesar que el Ministerio Público no le puede fijar metas a los tribunales, pero al menos concordarlas, porque ahí vamos a otro tema el tema de la concordancia de una política criminal, plazos, responsables, control. Ahí entonces nos hace dudar si el Ministerio Público tiene efectivamente una política criminal. Por ejemplo, no se trata de establecer bajar los índices en general de tasas de denuncia o de victimización.

En otras palabras, creo que una política criminal así es demasiado vaga. La política criminal debería ser más específica. Hay ciertos delitos que se saben, por el conocimiento de las policías, de los expertos en estas materias, que ocurren más frecuentemente en una determinada zona geográfica que otra, incluso en un barrio o en una comuna. Ahí ya tienes un objetivo mucho más acotado como atacar cierto tipo de delitos que se cometen en zonas específicas, en horarios específicos, por cierto tipo de personas que ya se encuentran identificados, por ejemplo, delitos cometidos por menores de edad, que es más frecuente bajo la influencia de las drogas o el alcohol.

O sea, lo que quiero decir es que la política criminal tiene que ser más acotada. Ya no estoy hablando de si el Ministerio Público tiene una política general de disminución delictiva sino una política acotada por zona geográfica: región, comuna, barrio; o respecto de ciertas personas determinadas o respecto de ciertas víctimas especialmente vulnerables. También la criminología nos enseña que hay ciertas víctimas más susceptibles de co-

meter delitos, que viven en zonas pobres, digamos. Los mayores afectados por la delincuencia en Chile, contrariamente a lo que se piensa, no son los barrios altos sino los sectores más vulnerables.

No es necesario establecer plazos largos. Una política criminal exitosa primero deberá establecer objetivos mucho más concretos a corto, mediano y largo plazo. Y establecer cómo vamos a medir los objetivos que nos hemos fijado. Y qué tarea le vamos a asignar a la policía.

Si me preguntas si existe una política de persecución penal, de carácter identificable, si tú analizas el plan estratégico que te he mencionado para los próximos 5 años (2010-2015) tú no vas a encontrar ninguna de estas características que debería tener una política criminal.

Pero me gustaría agregar otra cosa. La pregunta a mi juicio no solo es suficiente si existe una política pública por parte del Ministerio Público identificable, cosa que no creo que existe, sino que de existir, suponiendo que concordáramos que el Ministerio Público tiene esbozos de política criminal, por ejemplo en estos instructivos, si la formulación de una política criminal debe hacerse de manera autónoma o de manera conjunta entre todos los intervinientes o todos los órganos o las instituciones que intervienen en el sistema procesal penal.

En ese sentido también digo que para elaborar una política criminal exitosa, o al menos seria, se requiere de la colaboración de quienes poseen los conocimientos especializados como es la policía, que tiene una gran experiencia; carabineros, respecto de la prevención de delitos y la policía de investigaciones que tiene 77 años de experiencia en la investigación de delitos. Para qué hablar del CONASE, del SENAME, de los mismos tribunales, del gobierno, del Ministerio del Interior, que en algunos países se encarga de la seguridad ciudadana. Por ejemplo, el caso de la policía de investigaciones. Si nosotros queremos abordar una política consensuada respecto de ciertos barrios, de cierto tipo de delitos, de cierto tipo de personas, la policía tiene una sección de análisis y procesamiento de la información delictual que forma parte de la asesoría técnica. Tiene un sistema de información georreferencial, tiene una base de datos relativa al delincuente, al delito y a sus circunstancias específicas, respecto de cada parte policial, de la denuncia misma que es el primer documento elaborado. O en el transcurso de la investigación vamos elaborando nuestros propios informes policiales y vamos extrayendo información que nos permite alimentar una tarjeta de antecedentes del delito donde establecemos las características del delito, el modus operandi, las características que eventualmente tiene la persona que lo cometió respecto de la información que hemos ido recolectando, los datos que nos da la víctima, la especie sustraídas, las joyas,

las armas, por ejemplo. Eso nos permite determinar una serie de circunstancias que nos pueden servir no solo a la hora de una política de persecución, sino para desarchivar un caso archivado.

Finalmente, estas deficiencias las han constatado distintas personas en Chile. Yo quiero mencionar a tres: Enrique Curi, ex ministro de la Corte Suprema, ya en el año 2005, si no me falla la memoria, que fue el año en que se aprobó la Ley 20.064, escribió un artículo en el diario El Mercurio, sobre la inexistencia de una política criminal por parte del Ministerio Público.

Además, Jean Pierre Matus, que tiene un documento de 2006 bastante interesante sobre el Ministerio Público, la política criminal en una sociedad democrática donde también critica la inexistencia o lo que el Ministerio Público entiende por la formulación de una política criminal. Jean Pierre Matus se refería a las primeras medidas que propuso el ex fiscal nacional una vez que se aprobó este artículo 21 de la Ley 19.640, donde incluso Piedrabuena creó al interior del Ministerio Público una comisión de política criminal, precisamente, para proponer una política criminal, y la propuso de hecho. Pero que no cumplía con los requisitos que te mencionaba.

Y el último, es un informe que hizo Luis Pásara, para un estudio que está en la página del CEJA ([www.cejamerica.org](http://www.cejamerica.org)), muy interesante, más actualizado porque es del año 2007, sobre la inexistencia de una política criminal. Insisto, y con esto concluyo: uno podría decir que esto se ha subsanado después del informe de Pásara de 2007 pero si uno revisa la página Web del Ministerio Público, el plan estratégico para los próximos años, y la última cuenta pública fiscal nacional, creo que no hay indicios de una política criminal clara o cuantificable.

### 3

Primero vamos a lo que establece el Código Procesal Penal chileno que en primer lugar establece que el Ministerio Público dirige la investigación y en el transcurso de esa investigación pueden impartir órdenes directas a las fuerzas del orden y seguridad pública, carabineros y policía de investigación, y las policías deben cumplir órdenes sin que puedan cuestionar el fundamento de oportunidad, justicia o legalidad de las órdenes impartidas, salvo requerir en ciertos casos la autorización judicial previa. Eso por un lado: establece en Chile una subordinación de las policías hacia el Ministerio Público, de carácter funcional y no orgánica.

El Ministerio Público en definitiva decide los pasos que se deben seguir para desarrollar la investigación y quienes cumplen las tareas de investigación son las policías y para estos efectos, de acuerdo a las instrucciones que le imparte el Ministerio Público. Pero la forma en que se cumplen esas instrucciones, o qué unidad

específica cumple esas instrucciones, las determinan las policías que actúan de acuerdo a su estructura orgánica, a sus normas de funcionamiento, que tienen brigadas especializadas para distintos tipos de delitos, así que es la policía la que determina la unidad especializada de acuerdo al delito, intervenir en la investigación. No es una estructura de carácter orgánico. Ahora bien, las comunicaciones entre las policías y el Ministerio Público son desformalizadas y de la manera más expedita posible.

Lo que tenemos que entender nosotros es que en un sistema como el nuestro, en que el Ministerio Público dirige la investigación y la desarrolla la policía, la relación entre el fiscal investigador y los policías que están asignados a una investigación, debiera ser una relación de carácter personal y cotidiano. O sea, lo primero que hay que entender, es que la policías y el Ministerio Público no son entes antagónicos -aquí en Chile no lo son-, y que miramos a un mismo objetivo, que es en definitiva el establecimiento de la verdad. Conformamos un equipo de trabajo y los equipos de trabajo al igual que los equipos de fútbol tienen que entrenar diariamente, tienen que tener contacto permanente y tienen que conocerse. Porque yo no formo un equipo de fútbol si no conozco al entrenador y el entrenador no conoce mis peculiaridades como jugador. O si no puedo plantear al entrenador mis problemas o no comprendo lo que el entrenador me quiere indicar. Yo tengo que saber lo que el entrenador quiere y además compartir el objetivo. Porque si en definitiva yo no comparto el objetivo, no voy a poder poner el cien por ciento, no porque no quiera sino porque no me siento partícipe de ese equipo de trabajo.

Y cuando uno no se siente partícipe, por lo menos en los equipos de fútbol o un equipo empresarial, se pierde el partido. Cuando uno no está alineado con los objetivos del grupo, tiene que dar un paso al costado. Acá la policía no puede dar un paso al costado porque es una institución permanente del Estado y tiene que investigar. Pero es distinto investigar cuando se comparte la estrategia. Y lo mismo ocurre con los fiscales cuando conocen las dificultades de las policías. Porque esto es como un matrimonio. Aquí basta con ver a la señora, con ver al marido, para ver qué es lo que quiere y cuál es su estado de ánimo.

Ahora, entendemos que la obligación del Ministerio Público consiste en definitiva en la conformación de equipos de trabajo. Lo que supone lealtad de los fiscales hacia las policías como de las policías hacia los fiscales. La lealtad supone que por una parte, como en su oportunidad lo dijeron Mauricio Duce y Andrés Baytelman, si no me equivoco en un estudio que hicieron sobre evaluación de la reforma procesal penal, del año 2003/2004. Por ejemplo, esta lealtad se traduce en entender que cuando las policías actúan por supuesto que cometen errores; todos cometemos

errores. El tema es que los errores de la policía son más llamativos y causan mayor efecto. Pero entre la actuación pulcra sin ningún tipo de errores, perfecta desde el punto de vista procesal, desde el punto de vista jurídico, y la actuación derechamente dolosa, de mala fe o inexcusablemente errónea, hay una amplia gama de matices.

Esta lealtad, si yo entiendo que formamos un equipo y yo soy el entrenador, quiere decir que estoy dispuesto a defender -judicialmente hablando- cuando se cuestiona un procedimiento policial; estoy dispuesto a defender con la mayor gama de argumentos jurídicos disponibles. Para eso tengo que compenetrarme muy bien en el procedimiento policial y de la lógica en la que funciona la policía, que no siempre los fiscales la conocen. Los fiscales, al igual que nosotros, son abogados, y los policías se han formado exclusivamente para esto y llevan años de experiencia. Por lo tanto tienen que ser capaces de defender los errores policiales. No para que el error policial no tenga sanción, pero dejémosle esa tarea al juez y a las autoridades internas de la policía. Lo que quiero decir es que la lealtad supone que al primer error policial, los fiscales -estoy hablando en términos genéricos- no crucifiquen al que es su colaborador. Y eventualmente le brinden apoyo.

Por una parte, de la misma forma que le pedimos a la policía que se alíe con el fiscal y no lo critique ni en público ni en privado. El deber de lealtad consiste también en no criticarse públicamente los unos a los otros, porque eso rompe la confianza, rompe el equipo de trabajo. En algunos casos ha sucedido en Chile, muy excepcionalmente pero ha sucedido, que un fiscal, públicamente criticó en los medios de comunicación social a la policía por una actuación errónea, por supuesto. Creo que eso no procede. De la misma forma que creo que se debe entender en esta relación que se da entre el Ministerio Público y los organismos investigadores, de que los éxitos y los fracasos son mutuos. Y no que los éxitos de la investigación son atribuibles a las virtudes propias de los fiscales, y los errores son atribuibles a defectos ajenos. Aquí somos equipo de trabajo y perseguimos el mismo logro. Por lo tanto, los errores y los aciertos son compartidos. Y si son compartidos internamente, analizaremos por qué se cometió el error e introduciremos las modificaciones para que aquello no ocurra.

Además, respecto de la relación entre Ministerio Público y organismos investigadores, como se da aparte de la formalización, la conformación de equipos de trabajo, las reuniones que debieran ser personales y cotidianas, no siempre se da esta personalidad y cotidianidad. Uno de los problemas que hemos tenido es el tema de la comunicación en tiempo real. Si yo te señalaba que la relación debe ser personal y cotidiana, quier decir que yo tengo que tener acceso al fiscal cada vez que yo lo requiera, y por lo tanto la comunicación en tiempo real es fundamental. Eso

quiere decir que en definitiva yo necesito permanentemente ir obteniendo retroalimentación del fiscal para decisiones que tengo que tomar y a veces estoy en la calle y tengo a un imputado establecido que está en un determinado domicilio, por supuesto el imputado no puede ver que estoy ahí, necesito tomar comunicación con el fiscal para que se comunique con el juez y obtener una determinada orden judicial.

Pero resulta entonces que se dan en Chile, sobre todo en Santiago, serios problemas de comunicación con los fiscales, por dos razones. En primer lugar porque en las Fiscalías funcionan lo que se llama call centers, los centros de llamado de atención telefónica y muchas veces hay problemas con ellos. Ese es un problema que se viene arrastrando desde hace bastante tiempo y desgraciadamente hay un punto que ha costado solucionar. Pero además se da el problema de que como en Chile no tenemos fiscales de juicio y fiscales investigadores sino que el mismo que investiga va a audiencias, cuando tu necesitas comunicarte con el fiscal, no está disponible porque está en audiencia, lo cual es lícito. Pero tú necesitas comunicarte con el fiscal porque necesitas obtener instrucciones y obtener autorizaciones a través de él. Y por lo tanto ahí tenemos el tema de formalización.

Además, respecto de cómo se da esta relación con los fiscales, yo quiero mencionar que también debemos entender que la relación de los fiscales aparte de la conformación de equipos de trabajo se traduce en lo que yo denomino división técnica del trabajo. Vale decir que debemos entender que el fiscal dirige la investigación pero quien la ejecuta materialmente son las policías. Y fíjate que en otros países de América Latina, es un tema que es discutido: hasta dónde la facultad del Ministerio Público de dirigir la investigación abarca también la realización de ciertas diligencias de investigación. Es un tema que en nuestros países es discutido, y en Chile, a pesar de que creo que lo teníamos claro, en el último tiempo la diferencia entre dirigir la investigación y desarrollarla es un tema que se ha ido diluyendo. ¿En qué se ha ido diluyendo y cómo se demuestra? En el reciente anuncio hecho por el fiscal nacional de adquirir una central autónoma de interceptaciones telefónicas por parte del Ministerio Público con presidencia de las policías. Esto está en la última cuenta pública fiscal nacional. En la creación de una base de datos propia del Ministerio Público con fotografías y datos personales los delinquentes. Las policías tienen sus respectivas bases de datos. Como te digo, las policías de investigaciones tienen datos de delincuente y sus circunstancias específicas.

Pero el próximo paso podría ser -por qué no, estamos teorizando- que el Ministerio Público comience a establecer por sí mismo la realización de las pericias más simples para después, en un paso siguiente, llegar a la adquisición de equipamiento tecnológico para

la realización de las pericias más complejas. Entonces, ahí ya llegamos con un tema bastante complejo que sería, sin necesidad de crear una ley que las policías se tienen que crear por ley, sin necesidad de reforma constitucional, sin necesidad de la dictación de una ley nueva, sino que por la práctica de los hechos consumados podríamos llegar a tener que el Ministerio Público podría tener su policía propia. Sino tendríamos que hacer una división técnica del trabajo. El tema es discutible, es cierto, pero la Constitución en esta materia es clara. Al Ministerio Público le corresponde dirigir la investigación y no practicarla. Y basta simplemente con analizar al historia fidedigna del establecimiento del artículo 83 de la Constitución para establecer qué se quiso decir con dirigir y que eso no es lo mismo que practicar la investigación.

Ahora bien, en la relación entre el Ministerio Público y los organismos investigadores, también una dificultad que se da, no obstante la deformalización de las comunicaciones es que existe una falta de interconexión, al menos entre la policía de investigaciones y el Ministerio Público. A qué me refiero, esto no es culpa del Ministerio Público ni de la policía de investigaciones sino que es la realidad. Es una realidad que involucra recursos que no siempre están disponibles porque existen, siempre sabemos, múltiples necesidades y escasos recursos, y por lo tanto las autoridades tienen que priorizar. Pero esto es un tema que viene desde el establecimiento mismo de la reforma procesal penal en donde no hemos podido, al menos la policía de investigaciones de Chile y el Ministerio Público establecer un sistema de interconexión que nos permita en definitiva que toda la información entre uno y otro organismo podamos enviarla por medio electrónico de tal manera que nos ahorre trabajo tanto a ellos como a nosotros porque el parte policial con un formato concordado lo recibe el digitador del Ministerio Público a primera hora antes de la audiencia y no tiene que transcribir nada porque están los campos concordados y por lo tanto inmediatamente le arroja quién es la víctima el lugar donde se cometió el delito, etc.

Y finalmente, en esta relación entre Ministerio Público y los organismos investigadores en Chile, se echa de menos la falta de protocolos de trabajo o criterios de actuación vinculado a lo que señalé respecto del tema de la política criminal, pero ya no de política criminal sino algo más pedestre, más concreto: falta protocolo de trabajo acordado en conjunto entre las policías y el Ministerio Público, pero eso es un tema que estamos trabajando, y hemos elaborado un manual de procesos de trabajo y criterios de lineación a las unidades especializadas de la policía de investigaciones que está siendo acordado con el Ministerio Público y que contempla 19 procesos de trabajo básicos y comunes a una brigada criminal, la más simple, a una brigada especializada la más compleja, que van desde la re-

cepción de la denuncia, la protección de la víctima, el tratamiento del sitio del suceso, el tratamiento de la evidencia y su custodia, detención por flagrancia, tratamiento a los menores de edad, revisión oportuna del parte o informe policial y terminamos con el último proceso que vendría siendo la última etapa de labor policial que es cuando el perito presta declaración en un juicio oral. Esos son los procesos de trabajo y este manual, que se llama Manual de procesos de trabajo y criterios de investigación, contempla cada una de las brigadas especializadas que tiene la policía de investigaciones de Chile, contempla cada una de las secciones de laboratorio de criminalística de la Policía de Investigaciones de Chile, y cada una de las secciones del departamento de asesoría técnica, de tal manera que los fiscales sepan qué es lo que se le puede pedir a una determinada brigada especializada y qué delito no debería que investigar esa brigada sino que lo debe hacer otra de acuerdo a su especialidad. O bien, una brigada de investigación que se llama BICRIM. O bien conocer cuáles son las distintas posibilidades de peritaje que proporcionan los laboratorios de criminalística, o los distintos tipos de información, como este que mencioné de procesamiento de la información que se le pide a una unidad específica.

#### 4

Solamente, reiterar ciertas cosas: el tema de la división de trabajo. Quien investiga es la policía y no el Ministerio Público. Ahora, sin perjuicio de aquello, los problemas que pueda encontrar el Ministerio Público en la dirección de la persecución penal, en definitiva son los mismos problemas que la policía encuentra para materializar la actuación en la investigación. En ese sentido hay plena coincidencia de objetivos respecto de los problemas que existen, que establece nuestra legislación, y las recomendaciones o las formas de superarlo. Vale decir, cuáles son estos problemas. En primer lugar, la posibilidad de que los procedimientos policiales sean más ágiles y expeditos. Con esto no te quiero decir que se vaya a romper el equilibrio entre garantías de los intervinientes o de los imputados y eficacia de la persecución penal. Pero sí en definitiva se pueden adoptar medidas muy concretas que requieren modificaciones legales para establecer procedimientos más ágiles y expeditos. Por ejemplo, en lo relativo a la entrada y registro de lugares cerrados, que solamente se contempla como actuación autónoma en los casos en los que las llamadas de auxilio u otros signos evidentes indicaran que en el lugar se está cometiendo un delito (artículo 206 del Código Procesal Penal). La verdad es que eso es prácticamente imposible, porque la policía debería estar pasando cuando a la víctima la están descuartizando o ver el humo de cuando se está quemando la droga.

Ha habido en Chile intentos de reformar esta disposición. Los últimos fueron mociones parlamentarias que estuvieron a punto de aprobarse, no me acuerdo si la Ley 20.253 o 20.074, pero que por algunas razones no, al final los parlamentarios siempre son racionales en esa materia. Cuando en definitiva debiera la norma contemplar la posibilidad de entrar a los lugares cerrados y registrarlos, cuando existan antecedentes que permitan razonablemente suponer que en el lugar se está cometiendo un delito. Ahora, después será el juez de garantías el que apreciará, al igual que ocurre ahora en el control de identidad y queda al criterio del funcionario policial, cuando a su juicio existen antecedentes de que la persona está cometiendo un delito, etc.

Otro tema en el que se pueden introducir mejoras es en la aplicación de ciertas técnicas de investigación que en Chile están contempladas para la ley de drogas o para el lavado de activos, como el tema de los agentes encubiertos, los reveladores o los informantes, para otro tipo de categorías delictivas, en temas de terrorismo o corrupción, o las entregas vigiladas. Por qué, cuando tenemos sospecha de corrupción de funcionarios públicos, no podemos utilizar como señuelo, por decirlo de alguna forma, algún funcionario policial como agente revelador o agente encubierto para infiltrar organizaciones de terrorismo. Esto no se contempla.

Otro obstáculo que establece nuestra legislación es el de interceptaciones telefónicas. En Chile las interceptaciones telefónicas solamente están establecidas con autorización judicial, para los delitos que tengan asignada pena de crimen. Este tema fue discutido cuando se discutió el Código Procesal Penal, porque en un comienzo no se iba a interceptar porque se estimaba que se vulneraba una garantía constitucional como es la inviolabilidad del hogar y toda forma de comunicación privada. Y por lo tanto se aceptó muy a regañadientes, porque en una primera etapa, no me acuerdo si fue en Senado o Diputados, se dijo que sí, y en la otra Cámara que no, pero lo resolvió tan acotado porque se vulnera una garantía constitucional. O cuando un juez de garantía despacha una orden de detención en que reafecta la libertad personal, ¿es que acaso son garantías constitucionales menos dignas de valor que la inviolabilidad de las comunicaciones? Porque en esos casos se permite por supuesto que el sujeto quede bajo el control de un juez, que ex ante tendrá que evaluar si los antecedentes que le proporciona el fiscal respecto de ese caso ameritan afectar la garantía constitucional. Bueno, lo mismo debe ocurrir con la interceptación telefónica.

Otro tema es la revisión de primeras diligencias en ciertos delitos en que el modo de actuar podría implicar un riesgo para la víctima. Incluso en el tema de las presuntas desgracias. Cuando hay eventualmente algún riesgo de que la demora en actuar pudiera traer

un peligro para la víctima, la policía debiera actuar sin autorización judicial. Fíjate que en Chile se aprobó una modificación en el artículo 83 letra c, para permitir a las policías a actuar y realizar las primeras diligencias de investigación tratándose de delitos flagrantes cometidos en zonas rurales de difícil acceso. Una hipótesis muy rebuscada. Y también se permitió ahí mismo que las policías pudieran recolectar aquellas evidencias que se encuentran en el sitio del suceso, a cualquier funcionario, no solo a las brigadas especializadas, cuando la demora en actuar pudiera provocar que esa evidencia se malogre o se eche a perder o se afecte su valor de alguna forma. Entonces la demora en actuar, le permite a cualquier funcionario policial, aunque no tenga mayores conocimientos a adoptar las primeras medidas. Bueno, por qué no establecerlo para las primeras diligencias cuando la demora en actuar puede significar la diferencia entre la vida y la muerte de una persona.

**Patricio Pérez Rojas**  
Fiscal adjunto de la Unidad de Delitos Violentos de la Fiscalía Regional Metropolitana Sur, Chile

1

La investigación o el contexto en el que se da la investigación penal en este nuevo sistema, permite desarrollar la creatividad a quienes ejecutan esta función, porque la investigación se desarrolla en términos generales en la perspectiva de un juicio oral, donde el Ministerio Público tiene la obligación de acreditar su imputación y donde la prueba que se va a rendir, se va a analizar o valorar conforme a las reglas de la sana crítica. Desde esa perspectiva, la mayor parte de los actos probatorios que se desarrollen van a ser ventilados en un juicio adversarial. En tal sentido, el fiscal se ha transformado en un estratega, lo que lo diferencia del juez del crimen. En el sistema antiguo, el juez del crimen estaba demasiado pauteado de lo que podía hacer en cada caso y de cómo terminarlo. Vale decir, se aplicaba la ley, y esta le decía cómo valorar los medios de prueba.

En la actualidad, el fiscal tiene una amplia gama de posibilidades de dirigir su investigación hacia distintos fines, no solamente hacia una condena, de tal suerte que se transforma en un actor que le puede dar -y de hecho en la práctica, le da- un enfoque de política criminal a su actuación. Y ese enfoque puede ir desde una suspensión condicional, pasando por un principio de oportunidad, hasta llegar a una condena drástica de un sujeto imputado a un delito. Teniendo en consideración, justamente, esa perspectiva estratégica que le permite desarrollar el nuevo sistema. De tal manera que en la actualidad el fiscal es esencialmente un estratega de la persecución penal.

El antiguo sistema contenía demasiadas pautas. Decía paso por paso lo que se podía hacer. En cambio, en este sistema hay ámbitos de libertad, que están entregados al organismo encargado de la persecución penal, que es el Ministerio Público. Por lo tanto, dentro de esa libertad, de esos márgenes, es posible desarrollar iniciativas, es posible ser proactivo, es posible ser creativo. Esto va a redundar en un sistema que es muy bien evaluado en nuestro país. Y también a nivel internacional. Yo creo que una de esas características es la que permite esto: desarrollar iniciativas, ser creativo, tendiente a un objetivo que también se ha fijado desde una perspectiva estratégica con una visión de política criminal.

2

Sí, existe una política de persecución. De hecho, las políticas de persecución están dadas. La Fiscalía Nacional del Ministerio Público tiene las facultades legales para instruir, orientar a los fiscales en la perspectiva de los objetivos que se quieren lograr. Eso significa que existen en la actualidad orientaciones que no importan una obediencia o sujeción absoluta a la instrucción, sino que son solo orientaciones, porque eso hay que relacionarlo con el caso a caso. Es imposible que una política comprenda o pueda abarcar todas las múltiples posibilidades o características que tiene cada caso, pero existen orientaciones a nivel nacional, a nivel regional e inclusive a nivel local. Porque a nivel local el Ministerio Público evalúa sus necesidades, evalúa sus cargas de trabajo, y con todos esos antecedentes puede privilegiar la persecución de algunos delitos o dejar de lado la persecución de otros en vistas de volcar sus esfuerzos hacia lo que se estima que es un problema mayor.

En ese sentido también hay una conexión, aunque no normativa. El Ministerio Público es independiente de otras instituciones del Estado. Pero sí hay una coordinación con el Ejecutivo que es el que está a cargo de mantener el orden, la seguridad en todo el territorio de la república conjuntamente con las policías. De tal manera que existen las políticas, son perfectamente identificables y además es posible establecer claramente que hay mecanismos de coordinación institucional en ese sentido.

Hay una orientación o una política perfectamente identificable, respecto de los delitos de connotación social. Esto originalmente tiene su historia en un criterio de persecución policial. Así fueron determinándose ciertos delitos que la sociedad estimaba graves pese a que cualquier infracción a la ley se considera grave. Pero hay algunos delitos que provocan gran impacto social, porque además de importar una lesión para los bienes privados, bienes jurídicos privados de las personas, la vida, su integridad física, su patrimonio, también generan otras consecuencias que influyen tanto en la vi-

sión internacional que se tiene del país, en la calidad de vida de las personas, justamente en ese sentido, en una sensación de temor. De tal suerte que ese criterio que originalmente tenía la policía, también lo adoptó el Ministerio Público. Porque ha establecido que el daño que generan aquellos delitos va mucho más allá del daño particular, porque impacta en la sociedad y de una manera bastante importante. Y por eso se ha dado una orientación perfectamente identificable: la connotación social de los delitos. Dentro de eso estamos; dentro de los delitos contra las personas, los homicidios, los delitos contra la propiedad en los que el instrumento de la apropiación es la violencia, la intimidación. Son delitos que se persiguen de manera firme, drástica pero justa. Y se destinan bastantes esfuerzos, bastantes recursos a solucionarlos de tal manera que eso sea una señal para aquellos que delinquen de que no es tan fácil cometer un delito y salir impune. Con ese sentido, existe una política claramente señalable.

3

La relación del Ministerio Público con las policías es de subordinación. En Chile existen dos policías: Carabineros y Policía de Investigaciones. Ambas desarrollan funciones de investigación sin perjuicio de sus labores propias. Están también sujetas a la subordinación del Ministerio Público como auxiliares del mismo. Entonces en primer lugar hay una relación de jerarquía, pero funcional, porque las instituciones mantienen sus jerarquías y estructuras internas. De tal suerte que todo lo que se relaciona con el régimen disciplinario es resuelto por las respectivas policías, pero en lo funcional se sujetan a las instrucciones del fiscal. Ahí sí hay una relación de dependencia y esa es la naturaleza de la relación con el Ministerio Público.

Hay coordinación a nivel nacional, regional y local. En términos generales, tanto jefaturas de policías, como fiscales, siempre mantienen un contacto permanente en torno a la función que desarrollan y a las políticas de persecución criminal. Y asimismo lo hace la Fiscalía Nacional con las direcciones generales de las policías que trabajan para el Ministerio Público.

4

La problemática que afecta al Ministerio Público -y digamos que es la más notoria, un hecho público- es que los diagnósticos que se hicieron en cuanto a la carga de trabajo del Ministerio Público fueron desacertados. Se tomó como base una estadística del antiguo sistema, la cual no coincide para nada con el actual sistema, de tal suerte que podemos visualizar que el principal problema es cómo asumir esa carga de trabajo. El Ministerio Público ha asumido esa carga actualmente; es una institución que podemos decir que desarrolla



una gestión exitosa. Lo dicen los números, no lo digo yo. Sin embargo, ese éxito se debe en gran medida al esfuerzo personal y a la vocación de los fiscales y los funcionarios. Vale decir, al trabajo más allá de sus obligaciones profesionales o de lo que es posible exigirles, y eso es lo que ha permitido claramente esta gestión exitosa. El problema que se da con eso es que no es sustentable en el tiempo. Si bien es cierto que existe una gran vocación de servicio, claramente notable o identificable, eso no tiene mucho sustento en el tiempo porque al final produce agotamiento. Y por lo tanto, el principal problema es ese.

También podemos identificar un problema que yo llamaría de orden cultural. La reforma procesal penal no solamente es un cambio jurídico, sino que también es un cambio cultural. Y los cambios culturales, como los cambios sociales, se producen de manera muy lenta. Ya habiendo transcurrido más de diez años de la implementación de la reforma procesal penal, aún la gente no entiende muy bien qué hace el fiscal. Y yo personalmente me he podido dar cuenta de que las autoridades tampoco entienden, no saben y no conocen lo que hace el fiscal. Me estoy refiriendo a los legisladores, al Poder Ejecutivo a ministros de Estado, subsecretarios, porque no es tan fácil entender lo que hace un fiscal, y así se comienza a tener alguna visión de lo que hace un fiscal, errada en relación con su función o con lo que hace efectivamente.

Existe la identificación de varios sectores políticos de considerar que el fiscal es un sheriff. Y a lo mejor eso tiene base en el desempeño, en lo mediático de algunos casos. Justamente también dice relación con aquella visión estratégica que tiene el fiscal al desempeñar su función. El fiscal no es un funcionario que cumple órdenes. Al fiscal se le ha entregado una misión importantísima. Tiene la capacidad de resolver, muchas veces bajo sus propios criterios, sin perjuicio de que existen una serie de controles. El fiscal es y debe ser un estratega; y eso es lo que no es comprendido por muchos sectores políticos. De tal suerte que no entiendan cómo un fiscal desarrolla sus funciones; no entiendan cuáles son los obstáculos que existen dentro de sus funciones, y por lo tanto tampoco estén muy abiertos a enfrentar ese problema, a asumirlo y a buscar una solución.

Desde el contexto político también podríamos pensar en problemas de influencias respecto de la función que se ejerce, pero esto no ha sido así, para nada. El desempeño de los fiscales ha sido absolutamente independiente de cualquier órgano, centro de poder o persona con poder. Puedo señalar un caso en particular: nunca en la historia de Chile se había practicado una incautación al interior del Palacio Presidencial como se hizo hace poco tiempo, donde se incautaron en La Moneda computadores, en el marco de una investigación. Ese solo hecho da cuenta de la independencia. Primero, la que tienen los fiscales; y segundo, con la que la utili-

zan. Por lo tanto, yo no veo que desde esa perspectiva del poder, los fiscales tengan algún problema para ejercer sus funciones. La mayoría tiene un perfil con una personalidad que le permite enfrentar los poderes, enfrentar los problemas que podrían venir desde aquellas personas que tienen cierto poder, con independencia y simplemente asumiendo que esta es una función en donde las presiones hay que saber enfrentarlas. Por lo tanto, eso es parte de las reglas del juego. O sea, un fiscal que no tiene esa personalidad, simplemente no puede ser fiscal. Ahí está su independencia, se la da la ley. Pero más importante que eso, es el saber defender y hacer valer esa independencia en el ejercicio de sus funciones. Así que yo creo que fundamentalmente los problemas que se dan desde la perspectiva política están en la falta de conocimiento de lo que hace un fiscal; y esa falta de conocimiento también cierra la puerta a la entrega de aquellos recursos que se requieren. Y son bastante simples: fiscales. Más fiscales y más funcionarios. No es una problemática. Yo veo que por ejemplo a Carabineros permanentemente se le están asignando muchos funcionarios. Hay planes que hablan de los diez mil y eso es muy adecuado. Carabineros y Policía de Investigaciones, son instituciones confiables y está muy bien que se refuercen, se asignen recursos porque la seguridad es un bien importante que hay que conservar. Pero hemos visto -yo personalmente lo he visto- que respecto de los fiscales, está la puerta cerrada a eso. Existen estudios técnicos que justifican el aumento en la dotación; existen análisis comparativos de cuántos fiscales existen. Pero yo creo que principalmente eso está dado por un desconocimiento de lo que hacen los fiscales y eso también en cierto modo, desde mi perspectiva, ha cerrado la puerta a lo que se está pidiendo desde hace tiempo que es un aumento de recursos, humanos fundamentalmente.

Nosotros hemos estado estudiando cómo superar ese desconocimiento, porque habría que agregar una función más a lo que ya hacemos. Cómo le enseñamos a la gente. Si ves nuestras estadísticas, te vas a dar cuenta de que la gente que ha tenido un contacto directo con el Ministerio Público, lo evalúa muy bien. Todas aquellas personas que han sido víctimas y han tenido contacto directo, evalúan muy bien al Ministerio Público, sobre todo en aquellos casos que han sido investigados y llevados adelante, porque han tenido la oportunidad de contar y de conocer directamente el sistema. Hay excelentes evaluaciones. Nosotros además -particularmente en esta Fiscalía- tenemos una evaluación bajo normas internacionales ISO y somos muy bien evaluados. Donde somos peor evaluados es en las personas que no han tenido contacto.

O se remarca demasiado un hecho puntual donde probablemente haya habido una actuación no muy adecuada de algún fiscal, pero eso tiene demasiada publicidad, cobertura y eso impacta en las personas. Pero

todo aquello bueno no se publicita, sino que simplemente queda al interior de nuestra institución y es por eso que claramente se puede notar la diferencia entre las evaluaciones que hacen las víctimas o testigos que han sido atendidos en el Ministerio Público, y las que no han tenido contacto.

Hay casos también donde no hay ninguna posibilidad de llegar a buen término, y que son principalmente aquellos donde distintas circunstancias hacen imposible llegar a identificar al autor o a algún testigo, llegar a buen puerto con el caso. Esas personas también tienen una no muy buena opinión porque normalmente la decisión que toma el fiscal es el archivo provisional, que es una decisión técnica que se basa en los antecedentes reales y la posibilidad de seguir adelante con esa investigación, y sobre la base de eso se determina archivarlo provisionalmente. Vale decir, en espera de nuevos antecedentes. A diferencia del sistema antiguo en el que se investigaba todo, el nuevo sistema es un sistema sincero. Si a una persona en la esquina de Ahumada con la Alameda, en un día de semana a las tres de la tarde, pasa un sujeto, le da un agarrón y le roba su celular, en un sistema antiguo, esa persona llegaba a una comisaría a hacer la denuncia, el policía que tenía que tomar la denuncia ya sabía que esa denuncia no tenía ningún destino. Llegaba al juzgado del crimen, lo examinaba el juez, y ya sabría que no iba a tener ningún destino, y sin embargo le

daba una nueva orden a la policía. Llegaba al policía, que de solo leer se daba cuenta de que no iba a llegar a nada, pero igual hacía una investigación, iba al lugar, preguntaba si había testigos y devolvía el informe al juez; y el juez con eso sobreescribía temporalmente el caso. Este sistema es sincero; este sistema llega al fiscal y el fiscal evalúa y se evita todo ese trámite burocrático que además es costo en horas-hombre, que desde un principio se sabe que no va a ninguna parte y lo archiva de inmediato.

Eso impacta culturalmente en las personas, que dicen "mire, hice una denuncia y a los quince días me llegó una carta diciendo que me habían archivado el caso". Claro, es efectivo, pero si la gente entendiera, si tuviéramos la capacidad de explicarles uno por uno, a lo mejor sería distinto. Por eso nuestra debilidad está en eso, en no poder mostrar qué hacemos, cómo y para qué lo hacemos. La Fiscalía Nacional está empeñada en eso, pero eso también importa muchos recursos, y por lo tanto estamos esperanzados en que día a día la gente vaya conociendo poco a poco al sistema. Por eso es que opino que esto es un proceso cultural, y un proceso cultural tiene sus tiempos bastante largos para asentarse en la sociedad, así que por lo tanto creo que ahí está principalmente nuestra debilidad: que la gente no conoce qué hacemos, no lo entiende y no entiende hacia dónde vamos, a diferencia de quienes sí han estado en este sistema. ■



**Lorne Sossin**

Faculty of Law, University of Toronto.

## Action-Learning Program on Judicial Transparency and Accountability in LCR

# “How can greater judicial integrity be achieved?”

### I. The Conceptual Framework of Judicial Integrity

All across the globe governments and courts at the national, regional, continental and transnational level have searched for effective tools to protect and advance judicial independence. At the same time, judicial conduct needs to be regulated to ensure judges do not abuse their professional competencies or the rule of law.

On the Northern American continent, the United States was among the first countries in the world to realize the need for drafting a code of ethics for judges. In the 1920s, a judge served as the national commissioner of baseball for a salary seven times the size of his judicial remuneration. In response to concerns over the ethical obligations of judges, the American Bar Association appointed a commission on judicial ethics tasked to develop a code of judicial conduct. The “Canons of Judicial Ethics” approved in 1924 were applicable country-wide.<sup>1</sup>

The fundamental principle of judicial ethics – namely judicial independence, was mentioned in Article 10 of the Universal Declaration of Human Rights (1948), which stated the following:

Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him.

The same principle has been further elaborated in Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights that was adopted in 1966, in the following wording:

All persons shall be equal before the courts and tribunals. In the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit at law, everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law.

The same principle, as well as other important standards that should guide judicial conduct were later considerably expanded in the United Nations Basic Principles on the Independence of the Judiciary, adopted by the United Nations Congress in 1985, which stated:

1. The independence of the judiciary shall be guaranteed by the State and enshrined in the Constitution or the law of the country. It is the duty of all governmental and other institutions to respect and observe the independence of the judiciary.
2. The judiciary shall decide matters before them impartially, on the basis of facts and in accordance with the law, without any restrictions, improper influences, inducements, pressures, threats or interferences, direct or indirect, from any quarter or for any reason.

<sup>1</sup> In 1972, the ABA replaced the Canons with a mandatory and more streamlined Model Code of Judicial Conduct, which underwent major amendment in 1990, followed by subsequent changes. The Code includes provisions requesting judges to avoid impropriety and the appearance of impropriety in all of the judge’s activities, and that judges should carry out their extra-judicial activities as to minimize the risk of conflict with judicial obligations.

3. The judiciary shall have jurisdiction over all issues of a judicial nature and shall have exclusive authority to decide whether an issue submitted for its decision is within its competence as defined by law.
4. There shall not be any inappropriate or unwarranted interference with the judicial process, nor shall judicial decisions by the courts be subject to revision. This principle is without prejudice to judicial review or to mitigation or commutation by competent authorities of sentences imposed by the judiciary, in accordance with the law.

The Bangalore Principles of Judicial Conduct, adopted by the General Assembly of the UN Human Rights Commission in May 2003, establish guidelines for ethical judicial conduct in the form of six values:

- independence,
- impartiality,
- integrity,
- propriety,
- equality,
- competence and
- diligence.

Various regions around the world have further refined these principles with their own legal traditions and histories in mind. At the regional European level, there are a number of major instruments pertaining to judicial ethics. They are the “Judges’ Charter in Europe” adopted on March 20, 1993 in Wiesbaden (Germany) by the European Association of Judges, which is a regional group of the International Association of Judges, which provides,

The Judge is only accountable to the law. He pays no heed to political parties or pressure groups. He performs his professional duties free from outside influence and without undue delay (Article 2), and that “Not only must the Judge be impartial, he must be seen by all to be impartial.”

The Recommendation on the Independence, Efficiency and Role of Judges, adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe in 1994, and the European Charter on the Statute for Judges adopted by the Council of Europe in Strasbourg in 1998 expand the principle of independence and responsibility of judges and contain provisions about the preconditions for ensuring judicial independence by ensuring proper methods of selecting and recruiting judges, ensuring proper working conditions, and safeguarding judicial independence by a judicial association or administration body.

In Western European countries, judicial ethics norms are embedded both in actual Codes of

Judicial Ethics like the one that exists in Italy since 1994, as well as in various types of documents, that deal with certain aspects of judicial ethics, such as the “Equal Treatment Bench Book” published by the England’s Judicial Studies Board and the Dutch 2004 “Judicial Impartiality Guidelines.”

Judicial ethics has also featured prominently in the reform efforts in Central and Eastern Europe

### Latin America

Recently, the interest in judicial ethics has also been increased in Latin America. On regional level, the Statute of Iberoamerican Judges adopted in 2001, for example, contains a separate chapter on judicial ethics. South American countries such as Mexico, Costa Rica, Guatemala, Panama, Chile, Venezuela, and Peru have also adopted judicial ethics codes at national level.

### Asia and the Pacific region

In the Asia and Pacific region, the “Beijing Principles of the Independence of the Judiciary,” signed by or on behalf of thirty-two Chief Justices of the Asia and Pacific region in 1995, including from China, Australia, India, Japan, Indonesia, South Korea, Malaysia, New Zealand, Pakistan, the Philippines, Fiji, Hong Kong, Singapore, and Thailand spell out the requirements to the judiciary when examining and deciding cases.

### Africa

In Africa, judicial ethics standards are embodied in the African “Charter on Human and People’s Rights” adopted in 1986, the 2003 Principles and Guidelines on “the Right to a Fair Trial and Legal Assistance in Africa,” and the 2003 “Commonwealth Principles on the Accountability of, and the Relationship between, the Three Branches of Government.”

### Canada

Judicial ethics has been a particular interest in Canada. The *Ethical Principles* booklet was published in 1998 by the Canadian Judicial Council to “provide ethical guidance for federally appointed judges.” The *Ethical Principles* booklet set out the main principles and provide commentary and examples intended to sustain what is already an ethical judiciary. The principles are:

- (i) judicial independence,
- (ii) impartiality
- (iii) integrity,
- (iv) diligence, and
- (v) equality.

## 1. What is integrity?

Integrity may be given a variety of meanings, and its scope may be influenced by culture and history, among other factors. At a minimum, in a judicial context, integrity includes

- honesty,
- fairness, and
- trust.

Integrity may also be defined by what it is not. Where a person in a position of power acts for his or her own self-interest, or for ulterior or improper purposes, it is widely understood that such a person lacks integrity.

## 2. Principles of judicial accountability

The judicial branch of government must be accountable for the effectiveness of the judicial process and the expenditure of public funds.

Principles of judicial accountability include:

- a. Judges should provide reasons for their decisions;
- b. Judicial decisions should be rendered in a timely fashion;
- c. Judges must act – and be seen to act – in a fair and reasonable manner;
- d. Courts budgets and expenditures should be transparent

Judges must be accountable to the public and the public interest.

## 3. Principles of judicial independence

While judicial accountability is important, it should not be understood as permitting government or any external individual, group or organization from influencing the decision-making of judges.

Richard Goldstone, formerly of South Africa's Constitutional Court has observed,

The cardinal importance of judicial independence as a necessary prerequisite for the operation of the rule of law is not in issue. The problem that calls to be addressed is the content of judicial independence. It is here that there is controversy in many jurisdictions, both in the older and the more recently established democracies. It usually came as a surprise to many students of Apartheid South Africa that the boast of the government that there was an independent judiciary was justified. Of course, it was all white and all male – and was appointed by the executive. Nonetheless, there was no interference from the other two branches. They could afford to have an independent judiciary for two principle reasons. The first was that without a written

constitution parliament was supreme and the courts had no power of judicial review. Parliament could literally undo on Tuesday what the judges ordered on Monday. Secondly, the overwhelming majority of the judges enthusiastically supported Apartheid and did not need, and would have been intolerant of, any government interference. It followed, also, that the government could afford to appoint to the bench a few liberal, anti-Apartheid lawyers, like myself.

Judicial independence requires objective guarantees to protect the fairness of the judicial process for parties before the Court. Those guarantees, however, cannot alone produce a judiciary that is truly independent. Ultimately, independence is a state of mind more than it is a set of structures, mechanisms or processes.

Canada's *Ethical Principles* states that “[a]n independent judiciary is indispensable to impartial justice under law. Judges should, therefore, uphold and exemplify judicial independence in both its individual and institutional aspects.”<sup>2</sup>

While it would be impossible to provide an exhaustive list of the factors that constitute judicial independence in various jurisdictions, the most important features of judicial independence include:

- a. Judges must be free from political direction or interference from the Government over judicial decision-making;
- b. The conditions of office (security of tenure, financial remuneration) are set and determined objectively rather than at the discretion of the Government; and
- c. Judicial discipline and supervision of judicial conduct is carried out by the judiciary.

## 4. Principles of judicial impartiality

Principles of independence are closely related to judicial impartiality. Judicial impartiality includes not only a protection against actual bias, but also the appearance of bias.

No one may be the judge in his or her own cause. This ancient rule is one of the fundamental rules of natural justice.<sup>3</sup> Instances in modern times of judges rendering judgments based on direct self-interest are hopefully rare. Judges may, however, be subject to forms of indirect self-interest that are referred to generally as “bias”. Bias may be relational or attitudinal. Its characteristic manifestation is a

<sup>2</sup> See [http://www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/news\\_pub\\_judicialconduct\\_Principles\\_1998\\_en.pdf](http://www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/news_pub_judicialconduct_Principles_1998_en.pdf). *Ethical Principles*, p.5.

<sup>3</sup> *Nemo debet esse iudex in propria sua causa*, which was considered an established rule of law by Coke in the *Earl of Derby's Case*, 12 Co. Rep. 114, in about 1610.

closed mind: “[bias] represents a predisposition to decide an issue or cause in a certain way which does not leave the judicial mind perfectly open to conviction.”<sup>1</sup> A biased judge will be disqualified from hearing and deciding the matter to which the bias relates.

The result of bias is therefore partiality, and a biased judge will contravene the litigant’s right to an impartial tribunal under the *Charter*.<sup>1</sup> Furthermore, a public perception of widespread bias in the judiciary would threaten the rule of law itself:<sup>2</sup>

In a democracy, the enforcement of judicial decrees and orders ultimately depends upon the public co-operation. The level of co-operation, in turn depends upon a widely held perception that judges decide cases impartially... Should the citizenry conclude, even erroneously, that cases were decided on the basis of favouritism or prejudice rather than according to law and fact, then regiments would be necessary to enforce judgments.

Madame Justice L’Heureux-Dubé, in *2747-3174 Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d’alcool)*, [1996] S.C.J. No. 112, [1996] 3 S.C.R. 919 (S.C.C.), stated that “the concept of impartiality should be seen as a dichotomy involving two states: that of bias and that of impartiality. The only choice in such a dichotomy is between bias and impartiality, meaning that there is no intermediate obligation and thus no continuum”. As a result, the obligation to be impartial is not something that is subject to flexibility or compromise, although there is flexibility with respect to what perceptions of bias will be treated as reasonable in different settings.

The test developed by the Supreme Court of Canada in cases of judicial impartiality is one of the “reasonable apprehension of bias.” The test has been described in the following terms:

...the apprehension of bias must be a reasonable one, held by reasonable and right minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information. In the words of the Court of Appeal, that test is “what would an informed person viewing the matter realistically and practically — and having thought the matter through — conclude”.

## 5. The Role of Government

Government has an important role to play in any scheme to ensure judicial integrity, independence and impartiality, which includes:

- a. Respecting the autonomy of judges in their decision-making;
- b. Providing a sustainable budgetary environment for the administration of justice;

- c. Ensuring the highest merit-based standards in judicial appointment; and
- d. Establishing a fair and objective process, where necessary, for judicial removal.

To the extent possible, the relationship between the Government and the judiciary should be “depoliticized.”

## 6. The Role of the Legislature

The Legislature provides an important source of legitimacy – and oversight - for the judiciary. Special legislative committees with responsibility for the justice sector may play a key role in supervising court administration and providing a buffer against governmental intervention in the judicial process.

## 7. The Role of the Chief Justice & the Judiciary

While objective structures and the political branches of Government can create the necessary autonomy for the judiciary to be accountable for the advancement of judicial integrity, this goal can only be achieved where the judiciary itself is committed and has the capacity to undertake these activities.

The Chief Justice of a court stands in a unique position, both of leadership as the “first among equals” or “primum inter pares” of the Court and as a bridge between the Court and Government or other external parties.

## 8. The evaluation of integrity

Integrity is difficult to measure. There are assessments, however, which may be a proxy for measuring integrity. These include:

- The number of complaints against judges
- Surveying public trust and confidence in the judiciary
- Surveying judicial activities and practices

Evaluating integrity should be done in a transparent fashion – for example, through the body which conducts the investigations into complaints against judges issuing an annual report which is made available to the public.

## II. Judicial Appointments

### 1. The appointment process

One of the most important aspects of judicial integrity is the appointment process by which judges are selected.

In Canada, the informal federal judicial selection process, which involved private recommendations to the office of the Minister of Justice and consultation with regional Ministers, was replaced by a system of direct application by the prospective judge to the Office of the Commissioner for Judicial Affairs. Certain standard information is supplied by the applicant, and the Commissioner's Office administers the list, at one step removed from the political atmosphere of the Minister's office. Letters of recommendation are still written, but they no longer initiate the process.

The federal judicial appointments process underwent significant reform in the 1980s and 1990s. The judicial appointments advisory committee. The committee generally has the same composition in each province (Ontario and Quebec have regional committees rather than a single provincial committee). The committees consist of eight members appointed by the federal Minister of Justice. Three of the seven members were non-lawyers who serve as representatives of the community at large. Four members served by invitation from the provincial or territorial Chief Justice, the Attorney General, Law Society and CBA Branch, respectively. One member is drawn from the law enforcement community. Committee members served on a *pro-bono* basis for three-year terms.

The appointment process in several jurisdictions involves legislative review. This form of review has significant implications for judicial independence. In 1939, the great jurist Felix Frankfurter appeared as a prospective Supreme Court Justice before the United States Senate Committee. He made it clear in a brief opening statement that he perceived a conflict between testifying on his own behalf and his judicial independence:

...I hope you will not think it presumptuous on my part to suggest that neither such examination nor the best interests of the Supreme Court will be helped by the personal participation of the nominee himself. I should think it improper for a nominee no less than a member of the Court to express his personal views on controversial political issues affecting the Court. My attitude and outlook on relevant matters have been fully expressed over a period of years and are easily accessible. I should think it not only bad taste but inconsistent with the duties of the office for which I have been nominated for me to attempt to supplement my past record by present declarations. That is all I have to say.<sup>4</sup>

4 U.S. Congress, Senate Committee on the Judiciary, Frankfurter Statement, "Hearings on the Nomination of Felix Frankfurter", 76th Congress, 1st Sess., January 12, 1939 (Wash. D.C.: Government Printing Office).

In Canada, the *Judges Act* which governs the appointment process does not contain any standards or requirements for appointment beyond professional standing and a minimum period of legal experience (10 years).

In the 2004 Standing Committee on Justice, Human Rights, Public Safety and Emergency Preparedness's hearings regarding changes to the Supreme Court judicial appointment process, the Hon. Irwin Cotler, Minister of Justice, outlined the criteria that he used in selecting the best candidates. His predominant consideration was merit, divided into three main categories: professional capacity, personal characteristics, and diversity.<sup>1</sup> In the same hearings, former Supreme Court Justice Madam L'Heureux-Dubé emphasized the importance of courage in a judge. She stated, "To me, being courageous is the best quality of a judge, to do the job whether you're popular or not".

The judicial selection process in Canada remains one controlled by the executive branch. While a Parliamentary committee has heard testimony from an Attorney General about the appointment process, and while one nominated Supreme Court Judge did appear before such a committee prior to his appointment to answer questions (in 2006), there remains no formal role for the legislative branch in the judicial appointment process in Canada.

## 2. Merit and the criteria for judicial selection

As Judith Resnick has observed, there is no self-evident process for judicial selection in a democracy, but there are principles which tie judicial selection clearly to the idea of merit:

Democracy tells one a good deal about rights to justice, equality before and in the law, and constraints on the power of the state, its courts included. But absent a claim that all government officials in a democracy must be elected, it is difficult to derive from democracy any particular process for picking judges. In contrast, democratic principles do rule out a few procedures for judicial selection – such as by inheritance or through techniques that systematically exclude persons by race, sex, ethnicity, and class.<sup>5</sup>

Few would disagree with the idea that judicial appointments should be merit-based. But not everyone would agree on what merit means. For example, in the context of the "merit principle" in

5 J. Resnick, "Judicial Selection and Democratic Theory: Demand, Supply, and Life Tenure" (2005) 26 *Cardozo L. Rev.* 579 at 579.



civil service appointments, the Federal Public Service Commission has traditionally defined merit in terms of three related values: fairness, equity and transparency.<sup>6</sup> While fairness relates to objectivity and transparency relates to results that are “clear and explainable”, equity is said to include reasonable access to competitive opportunities for appointment and representativeness. Representativeness as a goal is described simply as “reflective of the Canadian society in all its diversity.”<sup>7</sup>

Some aspects of identity go to important judicial skills. For example, access to justice in a legal system committed to two official languages requires sufficient bilingual judges.<sup>8</sup> The complexity and importance of aboriginal law in Canada’s legal system suggests the need for more judges familiar with aboriginal justice concepts and systems.

The Federal Government in Canada has established Advisory Committees to determine whether those who apply to become judges are “qualified.” The Advisory Committees are responsible for assessing the qualifications for appointment of the lawyers who apply. There is at least one committee in each province and territory; because of their larger population, Ontario has three regionally based committees and Quebec has two. Candidates are assessed by the regional committee established for the judicial district of their practice or occupation, or by the committee judged most appropriate by the Commissioner. Each committee consists of eight members representing the bench, the bar, the law enforcement community and the general public.

The criteria for federal, judicial selection are provided to the Judicial Advisory Committees in the following terms:

### Professional Competence and Experience

- proficiency in the law	- organizational skills incl. people
- well rounded legal experience	and time management
- advocacy experience	- collegiality
- commitment to the law	- scholarly ability
- ability to exercise role conferred	- achievements & contributions incl.
By Charter	Books and articles
- standards / reputation	- areas of specialization
- mature & objective judgement	- non-mainstream legal experience
- work habits	- bilingualism
- writing & communication skills	

### Personal Characteristics

- ethical standards	- common sense	- courtesy
- honesty	- ability to listen	- tact
- integrity	- ability to make	- humility
- fairness	Decisions	- reliability
- tolerance	- consideration for	- punctuality
- patience	Others	

### Social Awareness

- sensitivity to gender and racial	- public and community service
Equality	- receptivity to ideas
- appreciation of social issues	
Arising in litigation	

## 3. Conflicts of interest and judicial appointments.

In Canada, Judges are drawn from the legal profession and, inevitably, have pre-existing relationships with members of the Bar who may appear before them. The Bars of most provinces have developed a “rule of thumb” to eliminate the most obvious situations.

Where a member of a law firm is elevated to the Bench, no other member of the firm may appear before that judge for a specified period of two to five years after the elevation. This is a rule of professional conduct applicable to lawyers and not judges, although in practice judges may feel bound to disqualify themselves, even if a former colleague before them wishes to proceed.

<sup>6</sup> See PSAC Working Group on Merit, “Merit in the Public Service” (Ottawa, 2001) at <[http://pscac-cccfp.gc.ca/publications/rprt\\_merit/index\\_e.php](http://pscac-cccfp.gc.ca/publications/rprt_merit/index_e.php)>.

<sup>7</sup> *Ibid.* at 5. For further discussion on the issue of a representative public service, see L. Sossin, “Discretion and the Culture of Justice” (2006) *Singapore Journal of Legal Studies* 356-384. For a discussion of a representative judiciary, see K.D. Ewing, “A Theory of Democratic Adjudication: Towards a Representative, Accountable and Independent Judiciary” (2000) 38 *Alta. L. Rev.* 708.

<sup>8</sup> See Third Report of the Standing Senate Committee on Official Languages on *Environmental Scan: Access To Justice In Both Official Languages*.

#### 4. The evaluation of appointments process.

There are limited options by which the judicial appointment process may be evaluated. Rather than a process by which the Government or some other body reviews the quality of appointments, a more appropriate model of evaluation would rely on transparency in the appointments process.

Where an appointment advisory committee is present, that committee may publish reports on its activities and effectiveness.

The U.K. Judicial Appointments Commission, for example, publishes in its Annual Report statistics on the number and type of applicants and the number and type of appointments.<sup>9</sup>

### III. Tools of Judicial Discipline

#### 1. Statutory context of discipline and judicial misconduct.

A key tool of discipline and investigating misconduct is statutory authority. In Canada, the *Judges Act* provides a framework to govern the process by which the Canadian Judicial Council (comprised of the Chief Justices of Canada's 10 provinces, 3 territories and the Federal Court and Supreme Court) may hold an inquiry into judicial conduct. The *Judges Act* also addresses the powers of the Council. The relevant provisions are set out below:

**63.** (1) The Council shall, at the request of the Minister or the attorney general of a province, commence an inquiry as to whether a judge of a superior court should be removed from office for any of the reasons set out in paragraphs 65(2)(a) to (d).

Investigations

(2) The Council may investigate any complaint or allegation made in respect of a judge of a superior court.

Inquiry Committee

(3) The Council may, for the purpose of conducting an inquiry or investigation under this section, designate one or more of its members who, together with such members, if any, of the bar of a province, having at least ten years standing, as may be designated by the Minister, shall constitute an Inquiry Committee.

Powers of Council or Inquiry Committee

(4) The Council or an Inquiry Committee in making an inquiry or investigation under this section shall be deemed to be a superior court and shall have

(a) power to summon before it any person or witness and to require him or her to give evidence on oath, orally or in writing or on solemn affirmation if the person or witness is entitled to affirm in civil matters, and to produce such documents and evidence as it deems requisite to the full investigation of the matter into which it is inquiring; and

(b) the same power to enforce the attendance of any person or witness and to compel the person or witness to give evidence as is vested in any superior court of the province in which the inquiry or investigation is being conducted.

Prohibition of information relating to inquiry, etc.

(5) The Council may prohibit the publication of any information or documents placed before it in connection with, or arising out of, an inquiry or investigation under this section when it is of the opinion that the publication is not in the public interest.

Inquiries may be public or private

(6) An inquiry or investigation under this section may be held in public or in private, unless the Minister requires that it be held in public.

R.S., 1985, c. J-1, s. 63; 1992, c. 51, s. 27; 2002, c. 8, s. 106.

Notice of hearing

**64.** A judge in respect of whom an inquiry or investigation under section 63 is to be made shall be given reasonable notice of the subject-matter of the inquiry or investigation and of the time and place of any hearing thereof and shall be afforded an opportunity, in person or by counsel, of being heard at the hearing, of cross-examining witnesses and of adducing evidence on his or her own behalf.

R.S., 1985, c. J-1, s. 64; 2002, c. 8, s. 111(E).

Report and Recommendations

Report of Council

**65.** (1) After an inquiry or investigation under section 63 has been completed, the Council shall report its conclusions and submit the record of the inquiry or investigation to the Minister.

Recommendation to Minister

(2) Where, in the opinion of the Council, the judge in respect of whom an inquiry or investigation has been made has become incapacitated or disabled from the due execution of the office of judge by reason of

(a) age or infirmity,

(b) having been guilty of misconduct,

<sup>9</sup> See [http://www.judicialappointments.gov.uk/static/documents/JAC\\_AR09\\_web.pdf](http://www.judicialappointments.gov.uk/static/documents/JAC_AR09_web.pdf).

(c) having failed in the due execution of that office, or

(d) having been placed, by his or her conduct or otherwise, in a position incompatible with the due execution of that office,

the Council, in its report to the Minister under subsection (1), may recommend that the judge be removed from office.

R.S., 1985, c. J-1, s. 65; R.S., 1985, c. 27 (2nd Supp.), s. 5; 2002, c. 8, s. 111(E).

## 2. Ethical Codes & Guidelines

Statutory legitimacy is valuable in setting out the process by which judicial misconduct can be addressed. With respect to the standards by which judicial conduct should be assessed, a code of conduct or non-legislated guideline may be preferable.

In Canada, the Canadian Judicial Council issues a non-binding “Ethical Principles for Judges.”<sup>10</sup> The document is divided into the following categories: Judicial Independence, Integrity, Diligence, Equality and Impartiality. Each topic is addressed by a statement, a principle and commentary. For example, for the topic of integrity, the statement is:

Judges should strive to conduct themselves with integrity so as to sustain and enhance public confidence in the judiciary.

The two principles following this statement on integrity states:

1. Judges should make every effort to ensure that their conduct is above reproach in the view of reasonable, fair minded and informed persons.

2. Judges, in addition to observing this high standard personally, should encourage and support its observance by their judicial colleagues.

Finally, one of the commentaries observes,

A judge’s conduct, both in and out of court, is bound to be the subject of public scrutiny and comment. Judges must therefore accept some restrictions on their activities—even activities that would not elicit adverse notice if carried out by other members of the community. Judges need to strike a delicate balance between the requirements of judicial office and the legitimate demands of the judge’s personal life, development and family.

## 3. A complaints process about judges

Judicial accountability must include a mechanism by which those concerned by judicial conduct may have their concerns investigated.

The complaints process may initiate an investigation into judicial conduct, but it is important to emphasize that the investigation itself is conducted by judicial peers, and not through the private prosecution of the complainant. In other words, once the complaint is made in the Canadian system, it is pursued by the Council in the public interest, and not by the complainant as private litigation. That said, complainants are entitled to know the information gathered in the investigation and to reasons for the decision or recommendation at the conclusion of the investigation.

## 4. Dispute resolution and judicial discipline

Judges who are part of a disciplinary investigation are in a particularly vulnerable position. It is vital that the investigative and decision-making process in areas of discipline is fair and objective.

Judges subject to an investigation are entitled to natural justice, including the chance to know the case against them, and to respond to those issues through an opportunity to be heard.

As in other settings of professional regulation, it should be open to judges to settle or deal informally with a dispute, with the consent of the complainant or affected parties.

## 5. Sanctions for judges

Judges who are found to have acted unethically or improperly usually will be subject to removal. Short of removal, the range of remedies and sanctions may be limited.

In order to ensure judicial independence, it may not be proper to suspend a judge for a period of time or to limit the activities of judges. A formal reprimand may be another option short of removal, but may also have the effect of eroding public confidence in the judge in question.

## IV. Corruption & Improper Influence

### 1. Causes and consequences of judicial corruption

Judicial corruption has a variety of causes. These include:

- a. A culture of bribery
- b. A lack of oversight;

<sup>10</sup> See [http://www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/news\\_pub\\_judicialconduct\\_Principles\\_1998\\_en.pdf](http://www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/news_pub_judicialconduct_Principles_1998_en.pdf).

- c. Low judicial salaries
- d. Ineffective law enforcement

Judicial corruption strikes at the very heart of the rule of law. Once the Bar and the public lost confidence in the independence and impartiality of the judiciary, it may prove difficult to restore. Further, it is even more difficult to attract jurists of integrity to pursue judicial careers.

## 2. Legal tools to address improper influence.

A vital legal tool to address improper influence is a robust scheme of disclosure and recusal. Upon becoming judges, individuals may be required to disclose business and economic interests, and interests of relevant family members. This reporting/disclosure requirement may be an annual feature of judicial accountability.

The legal tools available to address improper influence also include the discipline and misconduct process discussed above. Those tools may also include the criminal justice system and prosecution for crimes of corruption.

Other regulatory and oversight bodies may also play a role in monitoring improper influence, including an auditor general, ombudsman

## 3. Capture of justice system by economic elites.

Corruption may both be caused by and may contribute to the capture of the justice system by economic elites. This corruption may also compromise the independence of the Bar and other key aspects of the justice system. Capture may be explicit (e.g. bribery) or implicit (e.g. judges connected to economic elites through shared experience and perspectives).

## 4. Recusals and conflicts of interest.

There has been some debate concerning the appropriate procedure to be followed when disqualification of one member of a multi-member panel of judges is sought,<sup>11</sup> but it is generally conceded that the proper approach is for that party to make a motion that will be decided by the judge whose disqualification is being sought. This can cause some

difficulty if the judge rejects the application to disqualify himself or herself and the other members of the panel believe that this decision is incorrect.<sup>12</sup>

Judges swear an oath upon taking office that they will discharge their duties in an impartial manner.<sup>13</sup> There is as well a professional or ethical duty to decide all matters impartially. A judge may therefore disqualify himself or herself on his or her own motion in any case in which an issue of bias (or apprehension of bias) might arise. This self-disqualification is known as recusal.

A judge may recuse himself or herself despite the express wishes of all parties that the judge continues. From the judge's point of view, the consent of the parties is not determinative, although consent will count against an appellant if bias is raised on appeal. The Quebec *Code of Civil Procedure* contains a scheme of *recusation* rules that specify in some detail the circumstances in which a judge should not hear a case.<sup>14</sup>

The Canadian Judicial Council has set out a non-binding statement of principles with respect to recusal:

1. Judges should disqualify themselves in any case in which they believe they will be unable to judge impartially;
2. Judges should disqualify themselves in any case in which they believe that a reasonable, fair minded and informed person would have a reasoned suspicion of conflict between a judge's personal interest (or that of a judge's immediate family or close friends or associates) and a judge's duty; and
3. Disqualification is not appropriate if: (a) the matter giving rise to the perception of a possibility of conflict is trifling or would not support a plausible argument in favour of disqualification; or (b) no other tribunal can be constituted to deal with the case, or because of urgent circumstances, failure to act could lead to a miscarriage of justice.

In the case of Justice Ted Matlow, a judge sat on a case involving a challenge to the City of Toronto's development of a neighbourhood, when

<sup>11</sup> See P. Bryden, "Legal Principles Governing the Disqualification of Judges" (2003), 82 Can. Bar. Rev. 555 at pp. 594-596; Sir Anthony Mason, "Judicial Disqualification for Bias or Apprehended Bias and the Problem of Appellate Review" (1998), 1 Constitutional Law and Policy Review 21.

<sup>12</sup> See *SOS-Save Our St. Clair Inc. v. Toronto (City)*, [2005] O.J. No. 4729, 18 C.P.C. (6th) 286, 38 Admin. L.R. (4th) 117 at 1 and 21 (Div. Ct.) (per Greer and E. Macdonald, JJ.) and 115-116 (per Matlow, J.). In *SOS-Save Our St. Clair Inc. v. Toronto (City)*, the majority of a panel of the Ontario Division Court concluded that the appropriate course of conduct was for them to recuse themselves so the matter could be heard by a panel that would be, in their view, properly constituted.

<sup>13</sup> The Ontario Oath makes explicit reference to impartiality: "I solemnly swear that I will faithfully, impartially and to the best of my skill and knowledge execute the duties of [judge]".

<sup>14</sup> Articles 234 and 235 of the Quebec *Code*.

that same judge had publicly criticized the City's development of his own neighbourhood. The lawyer for the City of Toronto complained to the CJC that Justice Matlow should have recused himself and violated his ethical duties in his public criticism of the City.

The Canadian Judicial Council found that Judges are not prohibited at all times from speaking out about a controversial matter. The question is one of context. Some of Justice Matlow's conduct and speech in this case did fall within the permissible range of activities for any citizen, including a judge, and do not constitute misconduct. However, there are limits to a judge's ability to publicly comment on a contentious issue. A judge's freedom of expression is subject to scrutiny by judicial councils.

Judges have the right, in their private capacity, to contest, as do other Canadians, decisions that affect their interests. However, there are limits to what a judge can do. A judge is not entitled to use the prestige of judicial office to advance his or her private interests. Nor should a judge use intemperate language where others would likely know, or could be expected to know, that he or she is a judge. And judges are not entitled to act as legal advisors for individuals opposing government action.

A judge's decision to recuse or not from a given case includes a subjective element. With regard to the challenge to the City of Toronto's development which came before Justice Matlow, his failure to recuse himself may demonstrate seriously flawed judgement. However, it was a discretionary judicial decision.

It was not inappropriate for Justice Matlow to express his concern as a resident of his neighbourhood. However, it was inappropriate for him to continue pursuing the issue by emailing and delivering documents relating to that issue to a national newspaper when he knew he would be adjudicating the challenge to the City of Toronto.

The Canadian Judicial Council concluded that while this is not a case that warrants removal, Justice Matlow must accept responsibility for his improper conduct and, therefore, he is directed (1) to make written apologies to those who were affected by his conduct; (2) to attend a seminar on judicial ethics; and (3) to seek advice before participating in any public debate in future.

## 5. Teaching Judicial Ethics

While supervision over judicial conduct such as recusal in conflicts of interest is one tool for addressing unethical behaviour, teaching judicial ethics so unethical behaviour is prevented in the first place is an even more important tool.

In Canada, the National Judicial Institute (NJI), a federally funded body with a statutory mandate to provide training and education to federally appointed judges has a mandate over teaching judicial ethics. In Canada, the first national conference was developed in 2003 under the guidance of Mr. Justice Michel Proulx of the Quebec Court of Appeal.<sup>15</sup>

The NJI approached the kinds of ethical issues that judges confront into three broad areas:

- ethical issues in the courtroom,
- judicial conduct outside the courtroom and
- judgment writing.

Scenarios which give rise to ethical issues were written in each of those areas. Most judges will have an intuitive response almost immediately when an ethical problem is presented to them. Often that response is the correct one, but other times it is not. The

framework forces the judges to work through the problem in the context of the Ethical Principles before arriving at the most appropriate response. The steps of the framework are:

- (i) Define the ethical dilemma
- (ii) Identify any specific rules, codes, guidelines that are relevant
- (iii) Preferred course of conduct for counsel (this is for in-court issues)
- (iv) Step for judge to take prior to identifying options
- (v) Identify permissible options, outlining strengths and weaknesses of each
- (vi) Identify preferred option

This framework was used by the NJI to facilitate the analysis of various scenarios. Here are some examples of questions that deal with out-of-court conduct.

- (a) A judge wants to run in a marathon to raise money to combat cancer. The ethical dilemma is whether this activity involves the solicitation of funds or lending the prestige of the judicial office to such activity. The section of the *Ethical Principles* which is engaged is the principle of impartiality. Applying the framework, the NJI found that the preferred option is to participate so long as the judge puts up his or her own money or money from close family members, but if the judge solicits money from others, the judge may appear to be beholden to that person and may not appear to be impartial if that person, or organization, were to be a lawyer or a potential litigant. Thus there is no issue with respect to running in the marathon, but a judge would not be advised to seek pledges.

<sup>15</sup> See A. Kent, "Teaching Judicial Ethics: The Canadian Methodology" (2004)

(b) A judge is asked to attend a dinner where the Prime Minister of Canada and other politicians will be speaking. The ethical dilemma is whether this activity constitutes participation in political activity. The *Ethical Principles* state “all partisan political activity must cease upon appointment.” Attendance at political gatherings might reasonably give rise to a perception of ongoing political involvement or reasonably put in question the judge’s impartiality.

(c) A judge who is an amateur artist wishes to sell his or her artwork and donate the money to charity. The concerns with respect to this fact pattern relate to diligence and impartiality. There are two ethical dilemmas. The first is whether the judge’s artistic work is detracting from his work as a judge. The *Ethical Principles* states that a judge will not engage in commercial activities and will devote himself or herself to judicial duties including work associated with the administration of justice. That is the first concern. The second dilemma has two aspects. First, is the judge taking advantage of his judicial office. For a judge to engage in such an activity runs the risk that he or she will be seen to be seeking to promote the sale of the work by its association with the office of the judge. Second, the offering of such work for sale could be interpreted by prospective customers and others as affording a way to curry favour with the judge for the purposes of potential litigation.

In this context, the NJI found that the preferred option depends upon a number of factors. The number of paintings, the nature of the charity, who the buyers might be, where this comes in a career of a judge--- all these factors and others may play a role. The occasional sale on a private basis by the judge of his or her artistic work to friends and acquaintances either individually or in a venue such as a small charity auction, particularly one that is associated with the administration of justice, might well not run those risks. In such a case, the reasonable

understanding might well be that the transaction is merely a personal one to which the judge’s holding of judicial office is entirely irrelevant.

(d) A judge is asked to serve on the board of a local charity. This is the most commonly asked question. The ethical dilemma it raises depends upon the nature of the board and the board’s expectations of the judge. In considering whether a judge should accept to be a board member of a particular organization, these are the questions which must be considered:

(i) would association with this board reflect adversely on the judge’s impartiality?

(ii) would this activity interfere with the performance of his or her judicial duties?

(iii) is the judge being asked to join this board to lend the prestige of the judicial office to fund raising?

(iv) is this a board that is likely to be engaged in litigation?

(v) is the judge asked in the expectation that he or she will give legal or investment advice?

(vi) is there something about this board or organization which does not respect the principle of equality?

(e) A judge is asked to write a letter urging a member of parliament to pursue, or not to pursue, a particular course of action. The ethical dilemma is whether the judge is attempting to influence a political decision. The *Ethical Principles* say that a judge should refrain from “...signing petitions to influence a political decision.” Although this is not a petition, it is a similar document. The preferred option, in the NJI’s view, is not to write the letter.

As these examples show, teaching judicial ethics should involve judges working through problems rather than learning abstract principles. Rather than learning a set of rules, this educational opportunity allows judges to learn how best to analyze ethical situations. ■



**Alberto M. Binder**

Vicepresidente del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales - INECIP

# ¿Cómo y sobre qué debe rendir cuentas el sistema judicial?

## I. La construcción de un marco conceptual

### 1. Sistema Judicial. Funciones jurisdiccionales, administrativas y de gobierno.

1. Tanto por razones históricas como por la notoria indiferenciación de las actividades de los jueces y funcionarios judiciales, no solemos distinguir los distintos tipos de actividades que realizan y que están sometidas a reglas muy diferentes tanto de gestión como de control. Existen en primer lugar funciones *jurisdiccionales*, es decir, aquellas directa y estrictamente vinculadas con *casos que deben ser resueltos por la administración de justicia*. Aún dentro de esta categoría debemos hacer distinciones, ya que las funciones de los actores dentro del litigio judicial son muy diferentes y ello influirá en los modos y contenidos de su responsabilidad y rendición de cuentas. Por ejemplo, los litigantes siempre y en todo caso *gestionan intereses* y el juez, siempre y en todo caso, *no es un gestor de intereses (imparcialidad)*. Un fiscal, por ejemplo, debe dar cuenta de cómo gestionó los intereses sociales y un defensor de cómo lo hizo con los intereses de su cliente. Los modos de hacerlo también varían. Por lo tanto, en la dimensión estrictamente jurisdiccional podemos circunscribirnos a la tarea de los jueces o podemos utilizarla en un sentido más amplio si y solo si tenemos en cuenta las diferencias esenciales de tareas y responsabilidades. Todavía en muchos países de la región existe la tendencia a considerar que todos los actores del proceso son “funcionarios judiciales” y que se puede elaborar con ellos una categoría común. Ello no es posible en nuestro tema ya que cada una de esas funciones tiene un *contenido y una forma especial de rendir cuentas sobre sus funciones*.

Ciertamente el problema desaparece –aunque no totalmente- en aquellos lugares donde ya ha quedado claro que el Ministerio Público, fiscales o defensores públicos, no forman parte del sistema judicial en sentido estricto.

2. Una segunda diferenciación debe hacerse entre lo jurisdiccional y lo administrativo, que también se encuentra confundido en la vida cotidiana de los tribunales. La pervivencia de procedimientos formalistas, escritos, donde el trámite de papeles y documentos ocupa casi toda la actividad judicial ha favorecido una confusión entre estas dos dimensiones de un modo tan profundo que los jueces suelen ocuparse de las tareas administrativas y delegan el trabajo estrictamente jurisdiccional. En primer lugar debemos tener claro que lo *estrictamente jurisdiccional* tiene que ver con la *toma de decisiones sobre el litigio y la percepción de un modo directo de la prueba y los argumentos de las partes*. Todo lo demás, por más que sea necesario, no ingresa al universo de lo “jurisdiccional”. Por ejemplo, sin duda es necesario recibir documentos (escritos de las partes), notificar, citar personas, hacer requerimientos, pedir información, ordenar y archivar documentos, atender al público, organizar una agenda de trabajo, distribuir las tareas del personal, etc. Pero nada de ello es “jurisdiccional”. También es indispensable que existan insumos, computadoras, papel, locales adecuados, que se paguen los sueldos o que se mantenga todo lo necesario para el funcionamiento del apoyo al trabajo. Nada de ello es jurisdiccional. Cuando usamos la palabra “administrativo” también nos referimos a diversas dimensiones: por una parte, se encuentra *el trámite de los casos* y, por otra, *la administración del flujo de insumos*. Muchas de estas tareas



las realiza la “oficina judicial” o el “despacho”, aunque todavía no están muy claras en nuestra región las responsabilidades en el manejo de esa oficina y se mantienen modelos de organización obsoletos y anacrónicos tales como el de “juzgado”. Cómo y quién debe rendir cuentas de estas dimensiones es un problema muy distinto al estrictamente jurisdiccional.

3. Finalmente hay que distinguir las acciones de *gobierno* de las que constituyen la *administración de tribunales*. Las acciones de gobierno están vinculadas a la defensa de la independencia judicial, a la planificación del desarrollo del servicio judicial, al control general de gestión, a la supervisión de la ejecución presupuestaria, a la comunicación con la sociedad y las relaciones con otros Poderes del Estado. Por otra parte, como toda gran administración, el Poder Judicial tiene una estructura de administración de recursos, de ejecución del presupuesto, de cobros de tasas e ingresos específicos, de pago de sueldos y contratos, etc. Todo ello constituye la estructura administrativa del Poder Judicial, que dependerá de los órganos de gobierno pero se rigen por principios y reglas técnicas específicas.
4. En definitiva, podemos utilizar la frase *sistema judicial* si tenemos claras las diferencias de los distintos subsistemas que lo forman. Podemos hablar de un modo unitario de transparencia, control y rendición de cuentas si tenemos claro que ello significa cosas muy diferentes en relación a cada uno de esos subsistemas, tanto en el contenido de lo que podemos exigir y controlar como en los métodos que podemos usar como en los límites a los que está sometido ese control.

## 2. Desempeño, productos, resultados, productividad, corrección.

5. Cuando pedimos cuenta del trabajo judicial, a veces nos referimos a los jueces individualmente, otras al sistema en su conjunto y, en algunos casos, a dimensiones como el producto final o el modo en el que se llevan adelante los trabajos. Todo ello merece distinciones. Podemos utilizar la palabra *desempeño* para referirnos a la actuación de un juez o un colectivo de jueces (tribunal), o de un funcionario o un grupo de funcionarios (el administrador o el órgano de gobierno) que realizan funciones que no son jurisdiccionales. No es lo mismo la rendición de cuentas de un juez, esto es, la rendición de cuentas *de su desempeño* que la rendición de cuentas de la totalidad del sistema judicial. Por ejemplo, un juez sólo podrá rendir cuentas de su desempeño teniendo en cuenta las variables que

puede controlar; aquellas que no están a su alcance actúan como condicionantes, tales como la calidad de la ley, la asignación general de recursos, los modelos de organización judicial, etc. Cuando pretendemos pedir cuenta de la totalidad del funcionamiento del sistema judicial, debemos tener claro que ya no nos referimos al desempeño de ningún juez o funcionario sino al *funcionamiento institucional que, a su vez, podrá ser jurisdiccional, de gobierno o administrativo*.

6. También debemos diferenciar los *productos* de los *resultados*. De los productos el sistema judicial (o un juez en particular) debe dar cuenta en su totalidad, porque dependen de su trabajo. Por ejemplo, la sentencia es un producto del trabajo de un juez y una audiencia es el producto del trabajo del juez y otros funcionarios. El *resultado* ya no depende totalmente del juez. Por ejemplo, una buena sentencia puede producir un pobre resultado, por diversos factores, ya sea porque llega tarde (suponiendo que el control del tiempo no es tarea del juez o de otras personas del sistema, lo que ya influiría en el producto) o porque otros factores sociales o de los litigantes han contribuido al resultado. Los *efectos* de las decisiones judiciales tienen relación con la *calidad del producto (la decisión) pero no dependen solamente de esa calidad*. Esto no quiere decir que sea indiferente el resultado; al contrario, es exigible que el sistema judicial esté atento no sólo a la calidad de sus productos sino a la calidad de sus resultados, de tal manera que pueda ajustar sus productos en miras a la bondad de los resultados. Esto debe estar claro ya que cuando hablamos de *productividad*, es decir la relación entre insumos y productos, tanto nos referimos a los productos en sentido estricto como a los resultados. La productividad —una palabra que en general no les gusta a los jueces, pero que es correcto utilizarla— puede ser alta, pero los resultados bajos. Por ejemplo, si las sentencias son de mala calidad o tardías o no resuelven el litigio, etc. Obviamente, tanto los productos como los resultados pueden ser evaluados en su calidad (matriz de calidad de las sentencias) o en la cantidad, y el sistema judicial o cada juez deberá rendir cuentas de ello.
7. Por otra parte, el sistema judicial es *un gran administrador de formas (formas procesales) cuyo cometido es la pacificación del conflicto*. Esto implica que el modo en que el sistema judicial obtiene sus productos no es indiferente. No sólo por la aplicación de la ley que soluciona el caso, sino *por el modo en que se ha llegado a esa solución*. Muchas veces una buena sentencia puede lograr pobres resultados por la *deficiencia en la*

*administración de las formas.* Claro está que el diseño de las formas puede ser de baja calidad (como los expedientes escritos y secretos), pero otras veces se trata simplemente de mala administración de formas de alta calidad (como las audiencias orales). La *corrección* del sistema tiene que ver con la buena administración de las formas procesales y tanto los jueces como todo el sistema deben dar cuenta de ello.

### 3. La fijación de metas, objetivos y tareas para el sistema judicial.

8. Es bastante usual asignarle al sistema judicial objetivos de amplísimo alcance y de imposible evaluación. Realizar la justicia, asegurar la ley, construir la paz social, garantizar la vida en común. Esa asignación de *finalidades*, cumple un papel político y de ética social que puede ser relevante, pero no pueden ser tomados en cuenta *de un modo directo* para la rendición de cuentas. Esas finalidades deben estar necesariamente *mediadas por objetivos, metas y tareas mucho más concretas*. Los objetivos deben ser diseñados de tal manera que puedan ser evaluados en un tiempo determinado o por situaciones determinadas. Las metas, es bien sabido, son los pasos intermedios para lograr un determinado objetivo y las tareas de las cuales se debe rendir cuenta deben estar siempre orientadas al logro de una meta. Puede ser un objetivo lograr determinado nivel de control de la criminalidad, que se establezcan ciertas reglas claras en el funcionamiento de instituciones o en el cumplimiento de contratos, o que tales prácticas sociales disminuyan. Facilitar el cobro de créditos, asegurar el respeto de cierto derecho, etc., pueden constituir objetivos, que siguen siendo genéricos, pero tangibles.
9. Por otra parte, tales objetivos deben ser *sectorizados*. Una sectorización que no debe seguir los “fueros” o tipos de especialización de tribunales sino las áreas sociales que tienen entidad, según el momento o las definiciones de la ley. La fijación de objetivos se debe hacer según necesidades sociales y no criterios internos de organización. Por ejemplo, un objetivo es facilitar la circulación de crédito en tal o cual área, asegurar la estabilidad del empleo en tal sector, o evitar los conflictos violentos en la familia, etc. Esto no quiere decir que el sistema judicial fije “políticas”; ellas están determinadas por la ley, pero la conflictividad social que gira alrededor de las leyes es cambiante y ello es lo que permite fijar objetivos al Poder Judicial. Se debe acabar con la tendencia a fijar objetivos solamente en razón de criterios internos (como cuando se establece estar

con las “causas al día” – lo que es loable- pero no reemplaza la idea del objetivo que tiene que ver con los resultados sociales). El sistema judicial debe dar cuenta de las metas, pero para ello debe tener metas primero. Ellas pueden ser tanto logros parciales del objetivo como metas técnicas o administrativas, necesarias para lograr el objetivo. Por ejemplo, tener el despacho organizado o reducir los tiempos puede ser una meta para lograr luego un objetivo. Lo mismo sucede con las tareas del Poder Judicial. Suele confundirse el carácter formal del trabajo del Poder Judicial con el trabajo burocrático, y por lo tanto las tareas se autonomizan. Si se tiene conciencia de los resultados, se fijan objetivos y metas, luego se diseñan tareas que se agrupan por razones de eficiencia y se diseña la estructura de soporte para esas tareas. Esta secuencia suele ser desconocida por los tribunales que se hallan atrapados en formas organizacionales rígidas que imponen tareas, muchas veces sin ton ni son. Bajo esta lógica sólo se puede rendir cuenta de que se hace lo que se venía haciendo, que es la más pobre de las evaluaciones.

### 4. Evaluaciones cuantitativas y cualitativas

10. Carece de sentido ya discutir sobre si el Poder Judicial debe ser evaluado cuantitativa o cualitativamente. Todas las instituciones y todas las organizaciones deben rendir cuentas en ambas dimensiones. Es bastante usual que los jueces se resientan sobre la rendición de cuentas sobre la cantidad de trabajo realizado (cantidad de audiencias, cantidad de decisiones, de sentencias, etc.) cuando sin duda la productividad en este sentido es una dimensión esencial. Ahora bien, muchas veces luego sostienen que tampoco existe forma de evaluar la calidad de las decisiones, en particular de las sentencias, lo que llevaría a que no existen parámetros para evaluar el trabajo judicial. Obviamente existen métodos para evaluar la calidad de las sentencias y de esa calidad deben dar cuenta los jueces. Ciertamente es, también, que se trata de métodos complejos, pero no más complejos que los que se utilizan en otras áreas institucionales. Debe quedar claro que un sistema judicial (en todos sus subsistemas) debe dar cuenta tanto de *la cantidad como de la calidad de sus productos y de los resultados que se obtienen con ellos*.

### 5. Control jurisdiccional, disciplinario y de gestión

11. El sistema judicial debe dar cuenta, además de sus métodos de control interno, del modo en que

asegura con sus propios mecanismos el cumplimiento de sus objetivos, metas y tareas. Pero aquí también debemos realizar diferenciaciones. Todo sistema judicial tiene *mecanismos de control jurisdiccional* que buscan, por una parte, asegurar la correcta solución del caso y, por el otro, *estabilizar la jurisprudencia par evitar que los tribunales se vuelvan impredecibles, lo que también afecta la conflictividad social*. Los medios de impugnación y la organización de los tribunales superiores cumplen esa función. Por otra parte, los sistemas judiciales deberían tener —aunque todavía esto se encuentra poco desarrollado— *mecanismos de control de gestión* que permitan evaluar la productividad del sistema, el cumplimiento de metas, objetivos, la satisfacción de litigantes, la corrección del funcionamiento, etc. Finalmente los sistemas judiciales cuentan con un sistema disciplinario que les permite corregir el desempeño de los jueces y funcionarios ante ciertas desviaciones que afectan el servicio o la legitimidad del Poder Judicial. Estas tres dimensiones de *control interno*, alguna de las cuales están vinculadas a la idea de gobierno del sistema, influyen de una manera muy grande en el funcionamiento general del sistema o en el desempeño de algunos miembros de él. Le corresponde al sistema judicial dar cuenta de la eficacia de sus mecanismos correctivos ya que ello es, a la vez, síntoma del nivel de preocupación por la calidad del servicio.

## 6. Legitimidad y confiabilidad

12. A las instituciones judiciales les ha sido problemático asumir que el contexto de una república democrática, sometida al Estado de Derecho, la construcción y el mantenimiento de su legitimidad, es problemática. Como la función de los jueces no es gestionar intereses sectoriales ni están sometidos a las reglas de la representación política —que renueva su legitimidad a través de las elecciones populares— el Poder Judicial tiene una *legitimidad frágil que debe ser custodiada por los propios jueces*. La guía más segura para ello es el apego a la Constitución y a las leyes fundamentales y todo sistema judicial debe dar cuenta de ese apego de un modo muy especial. Si además de esa legitimidad, logra *confianza de la ciudadanía*, su legitimidad se verá fortalecida. A la hora de pedir cuentas al sistema judicial debemos tener claras ambas dimensiones, ya que un poder puede tener mucha legitimidad (por hace cumplir las leyes fundamentales) pero ella ser muy frágil porque no goza de la confianza de la ciudadanía (ello puede ocurrir por un sinnúmero de factores achacables o no

al sistema judicial) o puede tener confianza de la ciudadanía pero a costa de perder buena parte de su legitimidad (como cuando los jueces hacen populismo penal o dictan las sentencias para agradar a los medios de comunicación). En todo caso el sistema judicial debe dar cuenta de cómo se preocupa por esta dimensión y qué mecanismos desarrolla para acercarse al punto máximo de una legitimidad con fortaleza.

## 7. Acceso, igualdad, selectividad.

13. El carácter fundamental del derecho a la tutela judicial hace que la accesibilidad del sistema judicial sea una de las dimensiones sobre las que toda administración de justicia debe dar cuenta. Debemos diferenciarlo del concepto más amplio (aunque hay una fuerte indeterminación en todos estos conceptos) de *acceso a la justicia*, que incluye la posibilidad de hacer valer derechos y reclamos en otras instancias no judiciales. La accesibilidad del sistema de administración de justicia es lo que permite la defensa de los derechos por cualquier titular. Por definición, no existe derecho que no tenga una acción de defensa correspondiente. Pueden variar los medios y las formas para ella, y de la accesibilidad de esos medios y formas es lo que debe dar cuenta el sistema judicial. Igualdad implica el trato igualitario dentro del sistema judicial, una vez que un caso ha ingresado. También los mecanismos son variados y pueden ser más o menos igualitarios. Se entiende que es una virtud del sistema el trato igualitario y de ello se debe rendir cuentas, en la práctica concreta y no en el diseño abstracto o en la proclama general.

14. Por otra parte, es impensable un sistema judicial que funcione sin *criterios de selectividad*. Ellos pueden ser muchos y variables: por la importancia del caso, por la urgencia del daño, por la vulnerabilidad de las personas, etc. Los sistemas judiciales son altamente selectivos y no suelen dar cuenta de los criterios que utilizan para ello. Muchas veces se produce una especie de “selección natural” de los casos, de tal modo que solo los que tienen recursos, tenacidad o paciencia pueden seguir adelante. Existe también la costumbre de que las condiciones del trámite o de la organización impongan criterios arbitrarios de selectividad que nadie controla. Que no se le pueda pedir al sistema judicial, como a toda organización sometida a una gran demanda que no organice el trabajo en base a criterios de selección, que ordenen la asignación de recursos. Al contrario, cuando no se tienen esos criterios de un modo transparente suele ocurrir que reina

la arbitrariedad o el azar en la distribución de esfuerzos. Lo que sí podemos pedirle que rinda cuentas a las organizaciones judiciales es sobre la transparencia de los criterios de selección (o de trámite diferenciado) y sobre la razonabilidad y necesidad de esos criterios.

## 8. Transparencia, comunicabilidad y comprensión del trabajo judicial

15. La transparencia del trabajo judicial tiene también diversas dimensiones. Existen en primer lugar *criterios de transparencia para el trabajo jurisdiccional*, que giran alrededor de la institución de la *audiencia o juicio público*. La resistencia de los sistemas judiciales obliga a realizar una vigilancia muy fuerte sobre las tendencias al secreto y la reserva de las actuaciones judiciales. El Poder Judicial dar cuenta del manejo de la publicidad de sus actuaciones judiciales ya que a él le está reservada la custodia de ese principio de actuación. La administración de justicia, por otra parte, debe hacer un esfuerzo para que sus decisiones sean comunicadas y comprendidas. La publicidad de las leyes depende en gran medida también de la publicidad de las decisiones judiciales que las ratifican y aplican. La cultura del imperio de la ley se construye y expande a través de ejemplos que se comunican. El Poder Judicial, como todo sector del Estado, debe hacer –y le es exigible– un *esfuerzo comunicacional que es algo más que la transparencia como estado de accesibilidad de la información*.
16. Por otra parte, el acceso a la información que produce el sistema judicial forma parte de las tareas centrales del gobierno y la administración de los tribunales. En primer lugar acceso a *información sobre las decisiones judiciales, es decir, la jurisprudencia*. En segundo lugar, *información sobre la gestión del sistema y su productividad*. En tercer lugar, *información sobre los miembros que conforman las instituciones judiciales*. En cuarto lugar, *información sobre los mecanismos necesarios para que los ciudadanos actúen en él*. Transparencia (como estado y disponibilidad y, más aún, como diálogo.), comunicación (como esfuerzo y plan) y búsqueda de aumentar la capacidad de comprensión de las decisiones judiciales, sin quedar atrapado en jergas, lenguajes técnicos o fraseología burocrática que conforman otra manera de actuar en secreto.<sup>1</sup> La transparencia

no es sólo un estado de cosas sino una *forma de diálogo*. Es decir que carece de sentido hablar de transparencia si no existen formas de diálogo que deban ser mejoradas. Una de las dificultades en la relación del Poder Judicial con la ciudadanía es que no tiene un diálogo fluido y permanente, y solo se produce en situaciones de crisis. En esas circunstancias es muy difícil construir transparencia porque cuando se desatan esas crisis ya el diálogo está distorsionado por otras cuestiones. La construcción de transparencia debe ser una tarea permanente de las instituciones judiciales, ya que a ellas –como sector estatal– les corresponde la iniciativa.

## II. Rendir cuentas de lo jurisdiccional. Temas y herramientas

### 1. La absorción y gestión judicial de conflictos. Análisis cuantitativo

17. El *análisis cuantitativo no es un simple conteo de causas*. El sistema judicial tiene que tener capacidad de absorber conflictos cuando los protagonistas han perdido capacidad de resolverlos entre ellos mismos o se trata de conflictos graves (como los penales) en los que es necesario evitar la violencia o canalizarla a través del Estado. Por tal razón, el sistema judicial tiene que tener capacidad de dar cuenta *de su incidencia en las distintas áreas de conflictividad*. Ello se logra con el análisis estadístico que puede comenzar por lo más simple (ingresos y salidas) hasta ir completando un análisis más complejo que marque el grado y tipo de incidencia del sistema judicial en la conflictividad de que se trate. Se suelen utilizar criterios que miden el *índice de litigiosidad*, por ejemplo, pero ello nos dice poco si no está acompañado de una consideración más amplia. Por ejemplo, un alto grado de ingresos de causas judiciales puede significar algo positivo por la fuerte institucionalización de esos conflictos (y otro problema es si

trecho que recorrer. Ciertamente algunos países, ya sea por el esfuerzo privado o por propia iniciativa de los Poderes Judiciales han logrado construir bases de datos simples y accesibles, así como un adecuado ordenamiento temático. Pero en otros todavía la búsqueda de jurisprudencia es una tarea ingrata, que lleva mucho tiempo y recursos, tanto para los litigantes como para los propios funcionarios judiciales. Un programa de transparencia debería tener una preocupación especial por la accesibilidad de las decisiones judiciales, por su difusión, no sólo en bases de datos especializadas sino en los medios de comunicación masiva, propiciando su análisis e instalación en la vida social. El modo de redacción y pronunciamiento público de las sentencias debería acompañar este proceso, que se ha ido degradando, de tal modo que la notificación de la sentencia ha perdido toda solemnidad.

1 Desde esta dimensión es importante todo lo relativo a la sistematización y publicación de las sentencias. Sin duda las nuevas herramientas tecnológicas han permitido dar un gran paso en la disponibilidad de esos documentos, pero todavía queda un largo

la intervención judicial logra hacer algo positivo con ellos) o puede significar que por ejemplo el sector de la abogacía interfiere y evita conciliaciones o puede significar un número de casos que es importante o sobrecarga el sistema judicial pero no tiene importancia en relación a la cantidad de conflictos o que responde a un problema estacional o una circunstancia determinada. Es decir, por un lado le debemos pedir al sistema judicial que se haga responsable de su parte en la *gestión de los conflictos de la sociedad* ya que ello es una de sus finalidades principales; por otro lado, tenemos que desarrollar *instrumentos de información más precisos* ya que la estadística judicial está todavía atada a conteos simples de trámites o expedientes judiciales, en el mejor de los casos. También debemos generar *matrices de análisis de mayor capacidad explicativa* ya que solemos preocuparnos por sobrecarga, litigiosidad, etc. que son categorías muy toscas para medir el cumplimiento de los objetivos, metas y tareas del Poder Judicial.

18. El análisis cuantitativo de todas las formas de productividad del Poder Judicial es un mecanismo central en la rendición de cuentas de las instituciones judiciales, si lo dotamos de una reflexión y estudio no burocrático. En este sentido son sintomáticas las dificultades que tienen todavía las organizaciones judiciales para producir información clara, para analizarla y para introducirla en sus circuitos de toma de decisión. Este sigue siendo uno de los puntos más flojos de todo el proceso de reforma judicial de los últimos años, pese al dinero invertido y la importancia que se le asigna en reuniones y congresos. Existen sistemas judiciales que están avanzando y se han tomado más en serio esta tarea; y programas regionales que han llamado la atención, pero todavía es insuficiente lo que se ha hecho. Hablar de la rendición de cuentas del sistema judicial sin haber construido todavía las bases de un *sistema de información confiable, claro y consistente en el tiempo y sin contar todavía con una práctica de análisis de esa información, tanto para lo operativo como para el control de la gestión y la planificación, nos muestra el largo camino que todavía queda por recorrer.*
19. Sin duda la primera herramienta son las propias oficinas de estadística y control de gestión de las instituciones judiciales. Pero no debe quedar allí. Se deben fortalecer las *comunidades de analistas*. Son raras todavía las universidades que tienen investigaciones permanentes sobre el sistema judicial o departamentos dedicados a esto. Han avanzado en los últimos años las organizaciones de la sociedad civil dedicadas a este tema, pero están siempre urgidas por la falta de fondos y por las dificultades para estabilizar su trabajo. Una

herramienta que se debe fortalecer, en consecuencia, es la creación de *comunidades de análisis del problema judicial* (técnicos, académicos, funcionarios, etc.) insertos en diferentes instituciones pero que al interrelacionarse establezcan criterios básicos, conceptos comunes, etc. Todos estos elementos ayudan a construir reglas de control y rendición de cuentas más claras.

20. El análisis cuantitativo se presta a la elaboración de matrices de indicadores complicadas y extensas. Es cierto que a mayor cantidad de indicadores se construye una visión más acabada de variables y sus correlaciones. Pero es necesario tomar en cuenta, con un cierto sentido estratégico, la capacidad de uso de la información en el contexto actual de nuestros sistemas judiciales. Muchas veces se recolecta información sobre tablas de indicadores complejas que luego no tienen ningún análisis. Si esto vale para el control de gestión interno mucho más aún es pertinente para la capacidad externa de análisis vinculada a la rendición de cuentas. En este sentido es necesario realizar una *construcción escalonada de indicadores* que vayan aumentando la complejidad en la misma medida que va aumentando su uso.

## 2. La mora como factor distorsivo. Los tiempos de los procesos.

21. Una de las dimensiones sobre las que debe dar cuenta el sistema judicial es sobre el uso y el manejo del tiempo. La variable temporal tiene valor en sí misma (oportunidad de la decisión) que es lo que denominamos *valor directo*, y que se expresa en los aforismos de “justicia pronta y cumplida” y otros de la misma naturaleza, que reconocen que la demora es una de las formas tradicionales de denegación de justicia. Pero tiene también un valor agregado, ya que muchas otras variables (desorganización, burocratización, prácticas de la abogacía, esquemas rígidos de trabajo, etc.) producen efectos sobre la variable temporal. Esto es lo que denominamos *valor indirecto* de esta medición. Este doble valor es lo que hace que el conocimiento y el trabajo sobre la variable temporal, es decir, la duración de los procesos, sea una de las más utilizadas para generar tanto control de gestión como análisis de desempeño.
22. Los tiempos del proceso son, en consecuencia, una de las dimensiones de control y responsabilidad del Poder Judicial, tanto de los funcionarios en particular, como de los órganos de administración y gobierno del sistema. Existe muy poca conciencia de que la *gestión del tiempo es una tarea permanente con alto impacto en la calidad del servicio*. Muy pocos sistemas judiciales tienen

una actividad permanente en este sentido. Menos aún tienen sistemas u oficinas de monitoreo de este problema. De hecho los programas de *control de la mora* deberían ser permanentes; al contrario, se utiliza la sobrecarga de trabajo (que produce y, a la vez, es consecuencia de las rutinas retardatorias) como una justificación permanente de muchos de los malos funcionamientos sin que se aprecie el uso consistente de mecanismos para *controlar la sobrecarga de trabajo*. Las prácticas de control del tiempo y de la sobrecarga de trabajo son uno de los indicadores más claros de una organización que ha tomado las riendas de sus propios procesos de trabajo y se preocupa por obtener resultados.

### 3. La calidad de las sentencias

23. Si existe un tema sobre el cual el sistema judicial debe rendir cuentas es sobre la calidad de sus sentencias ya que es uno de los ejes principales de sus tareas y posiblemente aquel que tenga mayor influencia en la construcción de legitimación y confianza. Sin embargo es una de las dimensiones en las que existe menor trabajo. De hecho son pocos los casos en los que existe algún mecanismo de control de esa calidad y de entrenamiento a los jueces para que puedan mejorar la calidad de sus sentencias. Más aún, el modelo usual de sentencias que se usa en la región se parece mucho más al dictamen final de un sumario administrativo que a una decisión que salda un litigio. Información irrelevante, formas expresivas arcaicas, nula preocupación por la comunicación, defectos formales y carencia de razonamientos son una constante demasiado extendida en el funcionamiento de nuestros sistemas. Si la función judicial tiene como uno de sus ejes la actividad de sentenciar, se puede constatar con bastante facilidad el poco entrenamiento y preocupación que existe en la mayoría de nuestros Poderes Judiciales para avanzar en el mejoramiento de esa dimensión. Se ha instalado la idea de que esa calidad no se puede medir, o sólo se puede medir de un modo muy personalizado. Eso no es cierto: es posible construir matrices de análisis de la calidad de la sentencia que permitan construir un conjunto de estándares más precisos y los órganos de control deben desarrollar, preferentemente en conjunto con sectores externos, mecanismos permanentes de análisis de la calidad de las decisiones judiciales.<sup>2</sup>

2 No existen muchos ejemplos de un adecuado control de calidad de las sentencias. En aquellos países donde existen comunidades

### 4. La estabilidad y seguridad de la jurisprudencia

24. Otro de los temas de los cuales debe rendir cuentas el Poder Judicial es sobre el desarrollo, la estabilidad y la evolución de la jurisprudencia. Más allá de la caracterización del sistema judicial como perteneciente a una u otra tradición, todos los sistemas judiciales necesitan consolidar la jurisprudencia como una forma de evitar el funcionamiento azaroso de los tribunales. Los litigantes planean sus casos en base a la previsibilidad de los tribunales y una parte importante de lo que denominamos “seguridad jurídica” consiste en la calidad y consistencia de esa previsibilidad. La doctrina trabaja sobre ella, ya sea ratificando la corrección de sus decisiones o señalando la necesidad de corregirla. La enseñanza del derecho, como adiestramiento de la abogacía, consiste, en gran medida, en el conocimiento de esa tradición de los tribunales y el desarrollo de la capacidad crítica. Sin embargo, los sistemas judiciales, en nuestra región, no son muy cuidadosos de esta herramienta central. En aquellos sistemas donde existe una larga tradición de respeto al precedente, existen mecanismos más desarrollados de evaluación y control de esa práctica. En los sistemas latinoamericanos, muchos de ellos sin mayor claridad sobre esa práctica –a pesar de que, incluso, se la declara obligatoria por ley-, no existen mayores mecanismos para hacerlo.

25. Para poder desarrollar esta tarea y facilitar su control es necesario, en primer lugar, establecer criterios más claros acerca de que cómo hacer las sentencias. Ellas hoy fluctúan entre el mero formulario, que llena páginas y páginas de información irrelevante, o la sentencia “monográfica” que abunda en consideraciones doctrinales y reflexiones tangenciales que poco tienen que ver con los caso en cuestión y escurren la decisión tomada. En segundo lugar, se debe facilitar el conocimiento de esas sentencias. En algunos

académicas activas y dispuestas a comentar la jurisprudencia se logra, por esta vía indirecta –peno no menos importante- un control de la calidad de los fallos. Sin embargo deben existir programas propios del Poder Judicial para analizar y corregir esa calidad. Por ejemplo, en el marco del Proyecto de Transparencia y Mejoramiento de la Administración Judicial que lleva adelante el Centro de Estudios Judiciales de Paraguay, se ha desarrollado una matriz de calidad de las sentencias que aún se encuentra en fase de validación. Se corresponde con la intención del Consejo de la Magistratura de ese país de analizar la calidad de las sentencias como forma de evaluar a postulantes que ejercían ya la judicatura. No obstante la importancia que se le asigna a esta dimensión en el texto, todavía no se ha desarrollado un trabajo intenso, permanente y coordinado para aumentar la capacidad de los sistemas judiciales en este punto.

países se han desarrollado empresas privadas que cumplen la tarea de recopilar los fallos y crear buenas bases de datos y, sin duda, es un tema en el que se ha avanzado en los últimos años, pero todavía queda mucho trabajo por delante, ya que el aumento en la cantidad y en la especialización de muchos tribunales hace que todavía el conocimiento de esa jurisprudencia sea endeble. En tercer lugar, son pocos los sistemas judiciales que tienen mecanismos para analizar la coherencia de los fallos de un modo general y permanente, de tal manera que los propios jueces puedan contar con esa información y adecuar sus decisiones a la jurisprudencia cuando constituye un precedente o apartarse con fundamentos sólidos y transparentes. La influencia de esta dimensión hace que sea una de los grandes temas sobre los cuales se debe rendir cuentas, ya que en definitiva la previsibilidad y la transparencia de un sistema jurídico —y ya se sabe la importancia que ello tiene para los distintos órdenes de la vida social— proviene de lo que los tribunales hagan con ese ordenamiento jurídico. En las últimas dos décadas se ha insistido sobre la seguridad jurídica como un factor central del desarrollo económico y social, pero no se insiste lo suficiente sobre lo determinante que es para esa seguridad que los sistemas judiciales den cuenta de la solidez, previsibilidad y fortaleza de su jurisprudencia.

### 5. El cumplimiento de las sentencias.

26. No suele estar claro todavía cuál es el nivel de responsabilidad de las organizaciones judiciales en el efectivo cumplimiento de sus decisiones. Nadie duda, por cierto, que el carácter coercitivo de la decisión judicial es una condición indispensable de la eficacia, seriedad y legitimidad de la administración de justicia. Sin embargo, el cumplimiento de las decisiones queda siempre en un cono de sombra, tanto desde el punto de vista de la responsabilidad como del control. Es necesario poner este tema en el centro de las dimensiones de responsabilidad y control porque la debilidad del cumplimiento de las decisiones judiciales genera problemas que repercuten en casi todas las otras dimensiones. No es extraño que sentencias de tribunales importantes —incluso de los tribunales superiores— sean incumplidas por varios años. Aún más, es bastante usual que sea el propio Estado el primero en incumplir de un modo masivo las decisiones judiciales. Y ello no ocurre sólo con las sentencias. Pedidos de informes que no se contestan, citaciones que no se cumplen, órdenes de captura que son olvidadas,

etc. Ciertamente son distintos sectores del Estado los que tienen responsabilidad, pero se debe ser claro, también, en pedirle cuentas a las organizaciones judiciales sobre los esfuerzos y métodos de control y seguimiento que desarrollan para asegurar el cumplimiento de sus sentencias o para aplicar las sanciones y correctivos con que cuentan para disminuir la desobediencia a las decisiones judiciales. En este campo, creer que el sistema judicial es “víctima” de esta práctica es un mal camino. Los perjudicados son los ciudadanos, ya sea en un caso en particular o como colectivo que ve debilitada una de las instituciones de gobierno. Por eso la administración de justicia tiene responsabilidad en el seguimiento y reducción de este problema.

### 6. Las consecuencias económicas y sociales de los fallos.

27. En el marco de una sociedad cada vez más compleja y de interrelaciones más profundas entre grupos, individuos, regiones y, por lo tanto, de conflictos extendidos y complejos, las decisiones judiciales cumplen funciones sociales cada vez más determinantes. No sólo se acrecienta la importancia y complejidad de los litigios —proceso que es vivido de un modo traumático por el sistema judicial que añora, muchas veces, épocas de mayor simplicidad— sino que aumentan los litigios que repercuten de un modo determinante sobre colectivos de personas o la sociedad en su conjunto. Esto de un modo directo, por el creciente litigio colectivo o las acciones de clase, o de un modo indirecto, por el costo que representa al Estado que muchas veces debe reorientar su gasto en base a decisiones judiciales. Claro está que los jueces deben aplicar la ley y les compete a los legisladores diseñar el sistema normativo idóneo para la realidad de cada país. Pero esa limitación no implica que el sistema judicial permanezca ciego a las consecuencias económicas y sociales de los fallos. Muchos tribunales —en particular los que deben realizar la última interpretación constitucional— han tomado nota de este problema y se han abierto nuevas formas de decisión cuando ella afecta de un modo extendido el desarrollo de una política pública. De un modo u otro, las instituciones judiciales deben dar cuenta del modo en que permanecen atentas a las consecuencias de sus decisiones. Les es exigible que retroalimenten a los jueces con información sobre el impacto de las decisiones. Ellas pueden modificar prácticas económicas, de respeto al medio ambiente, relaciones familiares y hasta la propia vida individual. Por lo tanto no

es admisible una administración de justicia ciega a esta dimensión. No siempre serán responsables los jueces ya que en muchas ocasiones será el diseño legislativo el que provoque el buen o mal efecto social; pero de todos modos esa información es relevante y siempre debe producir algún tipo de impacto interno. En definitiva, le es exigible a las instituciones judiciales un nivel elevado de atención, retroalimentación y análisis de las consecuencias de sus decisiones, como una información relevante para la orientación del sistema en su conjunto.

### III. Rendir cuentas de la eficacia del gobierno. Temas y herramientas

#### 1. Defensa de la independencia judicial

28. El gobierno judicial, como ya hemos visto, es una dimensión a la que se le presta poca atención, interna y externamente, pero que, sin embargo, tiene una enorme influencia en el desempeño de los jueces y en el funcionamiento general del sistema. Vimos, por ejemplo, que una de las tareas centrales del gobierno es la defensa de la independencia judicial –siempre amenazada por los otros Poderes del Estado, por los distintos poderes fácticos y acrecentada esa amenaza por el poder de los medios de comunicación– y esa independencia es, precisamente, una de las variables que principalmente tomamos en cuenta para medir la calidad y la responsabilidad de un sistema judicial. Pero debemos tener claro que la defensa de la independencia judicial no es una tarea solitaria de cada juez; es una tarea colectiva que debe ser encarada con firmeza por quienes ejercen el gobierno judicial, ya que la *autonomía del poder judicial es sólo un mecanismo para asegurar la independencia de cada juez, como un modo de garantizar la imparcialidad*, que es la primera y principal garantía que le exigimos al sistema judicial. Se debe exigir al sistema judicial que se haga responsable de la defensa de la independencia de los jueces, ante los ataques externos e internos. Existen mecanismos precisos para ellos, tanto de atención permanente de los órganos de gobierno, como de petición de ayuda de los jueces que se sienten amenazados o perturbados en esa independencia. Las instituciones judiciales tienen poca claridad sobre esta misión del gobierno y suelen confundirlo con la mera administración o control de gestión. Se debe poner especial énfasis en la rendición de cuentas de la función de gobierno.

#### 2. Cumplimiento de metas

29. También hemos visto que otra función de gobierno consiste en la fijación de metas, dentro del marco de una planificación para el cumplimiento de objetivos. Las instituciones judiciales suelen tener poca conciencia de la necesidad de establecer prioridades para el logro de metas. Ello es el resultado de una larga tradición que las limita simplemente a tramitar casos de un modo ciego o, todavía peor, a la práctica organizacional consistente en dejar que sea la rutina la que fija las prioridades sin control, sin decisión, sin responsabilidad. Una de las formas más evidentes de evadir responsabilidades es no tener metas y objetivos sobre los cuales dar cuenta. Subyace la creencia de que los jueces, por ejemplo, deben dar cuenta solamente de su honestidad personal, expresada generalmente en la condición de independencia. Esta visión moralista de la función judicial nos impide realizar un verdadero control sobre las funciones institucionales del sistema judicial, más allá de las responsabilidades y calidades personales. El hecho de que los tribunales simplemente “deben aplicar la ley” no es un obstáculo –y si una excusa– ya que, como toda organización humana, las condiciones de eficiencia (su productividad) generarán prioridades explícitas u ocultas. Las metas que se imponen las instituciones del sistema judicial a través de sus órganos de gobierno son de muy diversa clase. Fortalecer la aplicación de una ley que socialmente se considera prioritaria, agilizar casos en los que están en juego situaciones de urgencia, responder a problemas muy graves que están generando una especial litigiosidad, corregir defectos del funcionamiento del sistema (como las metas de corrección de mora, por ejemplo), o ampliar la cobertura del sistema judicial en áreas determinadas. El sistema judicial debe planificar su actuación y debe dar cuenta de su planificación. Es conveniente, además, que el proceso de planificación y su formulación sea lo más transparente posible, ya que ella afectará siempre a diversos intereses que tienen derecho a expresar su apoyo o su reclamo.

#### 3. Correcta asignación de recursos y cumplimiento del presupuesto

30. Como consecuencia directa de la planificación surge la responsabilidad de la asignación de recursos, directamente vinculada al cumplimiento del presupuesto. Sigue siendo un problema –pese a los avances observados– la oscuridad y desorden de los presupuestos del Poder Judicial. Ya sea



porque no responden todavía a criterios técnicos claros, sea porque no se conocen –y es usual que los propios jueces desconozcan el presupuesto del cual depende su trabajo–, porque la ejecución presupuestaria es desordenada y oscura, porque las remisiones de dinero del Tesoro son postergadas o negociadas permanentemente, o porque no existe conciencia del uso de fondos públicos, siempre escasos, lo cierto es que no hay todavía una adecuada transparencia ni control del gasto del sistema judicial. En la última década se ha avanzado en este campo e incluso se han previsto asignaciones constitucionales, pero todavía existe un desarrollo muy desigual y escaso control interno –y menos aún, externo– del diseño del presupuesto y su ejecución. Muchos presupuestos son todavía genéricos, sin que se pueda analizar el gasto por sectores y menos aún vincularlo a la productividad del sistema. El gasto judicial –más allá del pago de sueldos– tiene poco control y se va extendiendo el uso de contratos personales para distintos niveles de funcionarios, lo que reclama nuevos y más exigentes tipo de auditoría.

#### 4. Transparencia, regularidad y eficacia del sistema disciplinario. Ética de los jueces

31. La disciplina y la moralidad de cualquier organización no dependen de su sistema de sanciones sino de otros factores que aseguran la adhesión de los miembros a valores, pautas de conductas y autorrestricciones. El sistema disciplinario es una herramienta correctiva; en consecuencia, que debe ser utilizada sólo por necesidad y con mucha precisión. En el caso de la judicatura, que se encuentra por definición en medio de intereses en conflicto, se debe tener especial cuidado de que sus herramientas disciplinarias no sean distorsionadas para presionar a los jueces. Por ello se debe exigir una especial transparencia en todo lo relativo a facultades disciplinarias. Ese control es una de las funciones propias del gobierno. Se debe rendir cuentas en este campo en dos dimensiones: por un lado, el sistema judicial debe dar cuenta del nivel de adhesión a los valores, actitudes y conductas que se han establecido como valiosas. Por ello es tan importante clarificar cuáles son ellas (una de las funciones principales de los códigos de ética) y dar cuenta de todos los mecanismos que se han realizado para mantener esa claridad y esa adhesión. El sostenimiento de una cultura judicial apegada a los valores que son fijados como rectores es una tarea de gobierno sobre la cual se debe dar cuenta; por otro lado, se debe dar cuenta de la precisión, necesidad y corrección del uso de las herramientas disciplinarias.

El restablecimiento de la disciplina a través de las sanciones implica ya una situación de quebrantamiento de la cultura de adhesión que debería haber sostenido la conducta de los jueces y por ello debe existir mucha claridad en ese uso. Esta dimensión exige mucha responsabilidad ya que se ha observado un uso no siempre bien controlado de la dimensión disciplinaria para controlar jueces y producir efectos de corto plazo. Inspectores, supervisores y prácticas de miedo, justificadas muchas veces en valores positivos o en problemas reales de las instituciones judiciales, pero que esconden otras finalidades o constituyen remedios desesperados que agravan los problemas. Se debe fomentar un control externo fuerte sobre el uso de los sistemas disciplinarios y, en todo caso, asegurar la máxima transparencia y garantías en la aplicación del sistema disciplinario.

#### 5. Prepararse para el futuro. Planificación estratégica.

32. Toda planificación debe prever los escenarios futuros. La planificación estratégica que le debemos pedir al sistema judicial no es simplemente la planificación de su propio funcionamiento sino que implica un ejercicio de anticipación de los escenarios conflictivos de futuro y de los derechos que estarán en juego. Si se traslada esa anticipación simplemente al plano normativo, se acrecienta la tendencia que tienen nuestros países a la *legislación ficcional* que genera frustraciones y, muchas veces, debilita a los sectores más débiles de cada área conflictiva. Más allá de cualquier discusión teórica (como las del realismo jurídico) nadie niega que lo que sea el sistema normativo y la lucha por los derechos en el futuro dependerá en una buena medida de lo que hagan y digan los tribunales y los demás actores del sistema judicial. Actualmente –y esto es un tema de coordinación institucional– el sistema judicial aparece siempre “sorprendido” por la nueva legislación y los legisladores no tienen en cuenta el impacto en los tribunales de las nuevas leyes. Quienes pierden en esta forma de trabajo son los sectores que buscan institucionalizar los conflictos, mejorar la defensa de sus intereses a través del derecho o evitar nuevas formas de abuso de poder. Debemos exigirle al sistema judicial que se involucre en la anticipación de los escenarios futuros, ya que la política judicial no es más que un segmento de la política general de gestión de la conflictividad. Las herramientas de planificación estratégica y las formas participativas de elaboración de esa planificación son una herramienta que se debe fomentar para construir esa visión en el sistema judicial.

#### IV. Rendir cuentas sobre la administración de recursos

##### 1. Clarificar quién administra

33. ¿Quién se hace responsable de administrar a las instituciones judiciales? ¿Cuál es la dimensión específica de esa administración? ¿Qué impacto real tiene en la prestación y en la calidad del servicio judicial? Aunque estas preguntas parecen obvias nos sorprendería descubrir el grado de desorden, oscuridad y hasta primitivismo que impera en la administración de los Tribunales. Más sorprendente aún es el hecho de que buena parte de esas decisiones –y no necesariamente las más importantes– son tomadas por jueces con grave detrimento para su trabajo jurisdiccional y nula preparación para esa tarea. Es bastante usual que presidentes de Tribunales e, incluso, de las Cortes Supremas terminen participando en miles de expedientes administrativos, sobre temas menores, que deben firmar sin tener posibilidades de control y sin que se trate de decisiones que requieran la participación de altos niveles de gobierno. En el diseño institucional es necesario que las instituciones judiciales separen con claridad jurisdicción, gobierno y administración. Le es exigible a los sistemas judiciales que lo hagan porque la modernización administrativa no es una necesidad interna sino una forma de garantizar un servicio de calidad. Mientras ello va ocurriendo es necesario realizar una clarísima diferenciación conceptual, que permita el control en los tres niveles, tal como proponemos en este trabajo. Caso contrario se desdibuja la responsabilidad y perdemos claridad en la demanda de transparencia y responsabilidad.

##### 2. El costo real del sistema. Burocracia y servicio efectivo.

34. El costo real o total del sistema judicial es algo distinto de los gastos corrientes o de las inversiones directamente vinculadas al funcionamiento de las organizaciones. No sólo en el sentido del *costo político* (imperio de la ley, cultura de la legalidad, tolerancia, control del poder, etc.) que es algo más inasible y general, sino también en el costo económico y social tangible y, en muchos casos, calculable. Buena parte de las instituciones judiciales se relacionan con el mercado de productos, con los servicios de locaciones de vivienda, con el mercado laboral, con el cobro de créditos, con el pago de alimentos, etc. Situaciones sociales en las que el mejor o peor

funcionamiento de la justicia tiene una incidencia directa. Por ejemplo, el encarecimiento del crédito, las mayores o menores dificultades para alquilar una vivienda, la seriedad del sistema impositivo, el cálculo de las pensiones, la fortaleza de los derechos laborales, los costos del despido, etc. son sólo algunas de las dimensiones del costo real del sistema que deben ser consideradas por las autoridades y por quienes pretenden que el sistema judicial se haga responsable de su accionar. Existe una tendencia a considerar simplemente el gasto y sin duda, como hemos visto, el control de gasto del Poder Judicial y su impacto en la productividad es un tema sobre el cual se debe dar cuenta. Pero no se agota el costo en la vida interna de las burocracias y su mayor o menor capacidad para tramitar asuntos. De lo que se debe hacer responsable el sistema judicial es de la incidencia de su funcionamiento en los distintos costos económicos y sociales. Ciertamente no estamos muy acostumbrados a realizar estas mediciones, pero no es cierto que ellas no pueden ser realizadas. Son perfectamente calculables los montos de dinero inmovilizado en diversas situaciones y afectado por la mora en el tratamiento, como es también calculable el costo social o estatal de muchas decisiones judiciales o lo que se pierde por la demora. Debemos exigir a las instituciones judiciales que rindan cuenta tanto de esta dimensión en términos objetivos como de la conciencia que tienen de este problema. El marco teórico ya existe (desarrollado en buena medida alrededor del análisis económico del derecho y los debates que giran alrededor de sus propuestas teóricas), pero nos falta desarrollar una práctica institucional fundada en herramientas de cálculo más sencillas.

##### 3. Los distintos sistemas de personal y apoyo a lo jurisdiccional.

35. Las organizaciones judiciales se caracterizan todavía por estar supeditadas a modelos antiguos y sistemas de administración de personal deficientes y poco transparentes. En gran medida ello ha sido el resultado de una larga práctica de *delegación judicial*. Es decir, el personal de los tribunales o de otras instituciones hace el trabajo que en realidad les corresponde a jueces y funcionarios en una importante indiferenciación de lo que es de mero trámite, lo que son decisiones estandarizadas o automáticas (como en los procesos de ejecución) de lo que son verdaderas sentencias o dictámenes jurídicos. El modelo de *juzgado*, es decir un modelo celular de organización de las oficinas, que repiten tareas y no cuentan ni con

servicios comunes, ni con especialización, coordinación ni comunicación con las otras celdillas, es acompañado por un tipo de personas con poca capacidad técnica u orientado a ser un camino de preparación para los estudiantes de abogacía. Un juego de ficciones hace luego que este tema quede oculto y no se le pida rendición de cuentas al sistema judicial sobre qué principios y qué reglas funcionales constituyen los sistemas de apoyo a la tarea sustantiva y cómo se lleva adelante la carrera técnico-administrativa del personal. Los Poderes Judiciales deben dar cuenta de su administración de personal. El fuerte apego a modelos arcaicos hace que este tema sea visto como algo extraño, dado que los empleados hacen lo que deben hacer y han hecho siempre. Sin embargo, el crecimiento de las burocracias judiciales, obligadas a llevar adelante decenas de miles de casos por año, la necesidad de responder con prontitud, la creciente especialización y la disponibilidad social de conocimientos sobre cómo llevar adelante organizaciones y su administración, el fuerte impacto tecnológico, etc. hacen indispensable incluir esta dimensión entre aquellas sobre las cuales es necesario pedir rendición de cuentas.<sup>3</sup>

#### 4. La disponibilidad de información.

36. Como ya hemos indicado, la *transparencia* no es sólo un estado sino una *forma de diálogo*. Es transparente un circuito de comunicación en el que no sólo la información fluye de un lado a otro sino que los mensajes son comprensibles para los sujetos, más allá de cuál sea la reacción que tengan frente a ellos. Esto es importante a la hora de exigir que los sistemas judiciales tengan información disponible. Información sobre todos los segmentos que estamos señalando como aquellos sobre los cuales es necesario rendir cuentas. No se agota este tema en el simple acceso a los *anuarios de información*, que se han convertido en la mejor forma de evitar la construcción de un circuito de comunicación. La disponibilidad de información debe ser variada, precisa, pertinente para rendir cuentas. Es cierto que en muchos sistemas judiciales no existe ni siquiera la información estadística más

3 En los últimos años, en especial ligado al proceso de reforma de la justicia penal, se ha producido una ruptura importante del viejo modelo celular de juzgados y oficinas. Los nuevos circuitos de jueces, tomando experiencias ya comunes en países desarrollados, dividen con claridad las funciones jurisdiccionales de las que son administrativas y de trámite. La "nueva oficina judicial" no sólo es un nuevo modelo de organización del trabajo, sino un modo de transparentar la función jurisdiccional -atrapada en una red burocrática- y fortalecer la posición del juez.

elemental, pero en otros la abundancia de datos y los modos de presentación son otra manera de oscurecer el panorama y eludir el diálogo de rendición de cuentas. Cada dimensión de la que aquí hablamos tiene un tipo específico de información que le es pertinente y un nivel de complejidad que le es óptimo para las funciones de control y responsabilidad. Por otra parte, los sistemas judiciales deben estar muy abiertos a las investigaciones externas; es más, deben promoverlas mediante subsidios, premios, becas, proyectos de investigación conjunta, etc.

#### 5. Corrupción.

37. La rendición de cuentas sobre los niveles de integridad del sistema judicial no constituye un tema más, sino el entrecruzamiento de muchos de los niveles que hemos señalado, visto desde la perspectiva de la corrupción de los funcionarios. El *abandono de las funciones del sistema para satisfacer intereses privados, individuales o sectoriales* que constituye el núcleo de la corrupción genera en el caso de los sistemas judiciales un verdadero escándalo, ya que todavía existe la expectativa de que sean estos sistemas quienes, además de su propia integridad, cumplan una función relevante en el control de la integridad de los otros Poderes. Más aún cuando el problema de la corrupción en los sistemas democráticos excede en mucho a la simple moralidad de los funcionarios ya que ella está vinculada a extensas redes de cooptación mafiosa del Estado, que distorsionan tanto el sistema político como el económico. En consecuencia, la rendición de cuentas sobre la corrupción de los sistemas judiciales tiene un valor mayúsculo en el problema general de la corrupción en nuestros sistemas sociales. Ello implica que la administración de justicia no puede limitarse a una visión ética del problema sino que debe proveer el conjunto de información, de acciones decididas, de control interno y externo, y de apoyo institucional para que verdaderamente se avance en este tema. Dentro de este punto cobra especial importancia la transparencia y accesibilidad de las declaraciones patrimoniales y el análisis de la evolución del patrimonio del juez. No ha sido sencillo que los jueces acepten esto como una condición necesaria de su función y todavía existen resistencias. La simple sospecha de la venalidad de un juez provoca un daño a todo el sistema. Deberían existir mecanismos institucionales más claros para erradicar esas sospechas, además de realizar un verdadero control.

## V. ¿Rendir cuenta ante quién?

### 1. La rendición de cuentas ante los jueces y funcionarios

38. La rendición de cuentas tiene varias dimensiones. Cada juez es responsable de su trabajo, quienes gobiernan son responsables del gobierno —y en la medida en que se avance con la democratización del gobierno judicial, los jueces serán responsables en conjunto del gobierno- y otros serán responsables de la eficiencia de la administración. Los distintos segmentos comparten responsabilidad en múltiples combinaciones que dependerán de los sistemas y de cada uno de los tipos de institución judicial. Sin embargo se debe llamar la atención acerca de que *el primer paso es que se rindan cuenta de la totalidad del sistema ante los propios jueces*. El trabajo está interconectado, pero también lo está la influencia de unos sobre otros en términos de legitimidad social, de uso de recursos, de transferencia de ineficacias, etc. Una de las razones por las cuales cuesta que en el sistema judicial se asuma la tarea de dar cuenta del trabajo ante la sociedad es porque primero *no existe la práctica de dar cuenta ante los propios jueces y miembros del sistema*. Es usual que los jueces no tengan el menor conocimiento del funcionamiento de sus áreas más cercanas, carezcan de interés por el diseño y la ejecución del presupuesto —salvo la queja generalizada y no siempre justificada de falta de recursos—, que nadie les presente un informe sobre el resultado de las acciones de gobierno o del funcionamiento del sistema disciplinario. Ni siquiera suelen existir las instancias institucionales (como las Asambleas de jueces) para que esta información sea presentada por los responsables. De este modo, se segmenta toda responsabilidad y, como generalmente quienes ejercen el gobierno-administración sólo lo hacen por un período breve, entonces no existe mayor conciencia de la idea misma de responsabilidad social. Por tal motivo, el primer segmento ante el cual se debe rendir cuentas, en todas las dimensiones que hemos señalado, es el de los propios jueces o funcionarios de las instituciones del sistema judicial.

### 2. El dialogo con el conjunto de la sociedad.

39. Sin duda el sujeto principal ante quien se debe rendir cuentas es el conjunto de la sociedad, pero ello se puede volver algo difuso, que en última instancia no genera más que el cumplimiento de una formalidad. Para evitarlo, en primer lugar,

se debe *fragmentar la rendición de cuentas* de tal manera que se haga ante sectores sociales que tienen cercanía con los servicios judiciales de los que se debe dar cuenta. Un informe general sobre las condiciones de la administración de justicia se vuelve información irrelevante para la gran mayoría de la gente. No pasaría lo mismo si la rendición se realiza ciudad por ciudad o distrito judicial por distrito judicial. Es más, tampoco debe parar allí la *especificidad de la rendición de cuentas*, ya que si lo que interesa es construir verdaderos circuitos de comunicación, ello se debe hacer sobre la base de *intereses específicos*. Generalmente esos intereses se encuentran con algún nivel de organización, ya sea en asociaciones civiles, simples agrupamientos, fundaciones, etc. El sistema judicial es bastante reacio a tomar contacto permanente con esos sectores, muchos de los cuales tienen posiciones críticas frente a la administración de justicia o responden claramente a intereses que litigan en los tribunales. Es cierto que no puede quedar atrapada la rendición de cuentas sólo en ese circuito, pero es también cierto que es allí donde se encuentra el mayor interés y la mayor atención. Sólo a través de un cambio del tipo de diálogo con esas organizaciones se fortalecerá el diálogo con el conjunto de la sociedad.

Finalmente, es ineludible rendir cuentas ante el conjunto de la sociedad a través de los medios masivos de comunicación. Una vez más la administración de justicia se encuentra ante un escenario difícil —que es difícil para todo los órganos de gobierno- pero que es ineludible para darle un sentido real y positivo a la idea de publicidad. Es necesario abandonar la idea de que rendir cuentas a la sociedad es presentar informes que nadie tiene interés en leer tal como se los suele presentar. Al contrario, las nuevas políticas de comunicación que, por suerte, vienen desarrollando algunas instituciones del sistema judicial permiten hoy un diseño más complejo e inteligente de los modos de presentarse ante los distintos segmentos de la sociedad, no sólo para dar cuenta de los defectos sino para transmitir los logros del sistema judicial que muchas veces son significativos y pasan inadvertidos para la gran mayoría de los actores sociales. Se debe evitar, en particular, la tendencia de muchas organizaciones judiciales a promover el diálogo sólo en situaciones de crisis, cuando los ánimos están crispados o las demandas ya son difíciles de satisfacer en el corto plazo.

### 3. La rendición de cuentas interinstitucional.

40. El diálogo con la sociedad no debe hacernos olvidar que en los modelos republicanos de gobierno el control entre los distintos Poderes es parte de

la esencia del sistema. En primer lugar el Poder Judicial debe dar cuentas ante el Parlamento, en un doble sentido. Porque finalmente allí reside la mayor representatividad popular y es el órgano en que confluyen las mayores funciones de control de los otros Poderes. Y porque es necesario que el Poder Legislativo tenga información sobre el modo en que se hacen cumplir las leyes. Se ha abandonado el sentido político de esta rendición de cuentas parlamentaria, que no debe ser visto como algo que afecta a la independencia de los jueces sino como el más sano y posiblemente eficaz modo de dar cuenta de las tareas realizadas ante los representantes del pueblo, elegidos democráticamente. Si bien le corresponde también al Parlamento el control presupuestario, el manejo del Tesoro y la compleja gestión de los recursos públicos quedan en manos del Poder Ejecutivo. La idea de unidad del gasto público y del Tesoro fortalece esta función. Por ello desde el sistema judicial también se debe rendir cuentas sobre el uso de los recursos a las instancias de control y diseño del presupuesto. Muchas veces también la aplicación de la ley, con sus virtudes y sus defectos, se encuentra en manos del Poder Ejecutivo. Contar con información sobre ello y analizar el impacto de las decisiones del sistema judicial en las políticas públicas forma parte tanto de la responsabilidad del Poder Judicial como de la del propio Ejecutivo. Finalmente en todos los países existen sistemas de control de legalidad y transparencia, que van ganando terreno en la modernización de las herramientas de control. El sistema judicial es también un contratista que debe ser especialmente transparente en sus erogaciones. La diversidad de instituciones vinculadas en la rendición de cuentas del sistema judicial muestra cómo ello es una tarea compleja que reclama trabajo y que requiere la organización de oficinas con personal especializado para llevar adelante esta actividad con la variación de dimensiones, lenguajes y técnicas. Nada más alejado que los viejos informes de labores que en muchos casos sigue siendo el paradigma de rendición de cuentas, claramente obsoleto para las necesidades de un gobierno y una sociedad del siglo veintiuno.

#### 4. Los organismos especializados.

41. Si queremos avanzar en la profundidad y calidad de la rendición de cuentas debemos tomar nota de que en la complejidad del gobierno moderno existen muchos organismos especializados preocupados por el monitoreo de sectores de la política pública. También en el conjunto de la sociedad existen nuevas organizaciones con capacidad de monitorear el desarrollo de políticas

públicas y analizar sus efectos sociales. Institutos de economía, de relaciones laborales, observatorios de Derechos Humanos, centros especializados en el funcionamiento del sistema judicial, Secretarías especializadas del Estado (mujer, niños, ancianos, comercio exterior, discapacidades, política criminal, etc.), y muchas otras instancias constituyen la red social y política más atenta al funcionamiento de las instituciones judiciales y con mayor capacidad de analizar en profundidad el desempeño de los jueces y funcionarios, y la eficacia general del sistema. Si duda que el sistema judicial no debe quedar limitado al diálogo con estas instancias, pero también es cierto que no se puede profundizar en la rendición de cuentas sin establecer relaciones de trabajo con estas instituciones que obligan a un trabajo de mayor profundidad, especialización y rigor técnico.

#### 5. La comunidad internacional.

42. La comunidad internacional no es una idea vaga o una aspiración, sino que hoy se expresa en una multiplicidad de acuerdos y organizaciones internacionales con presencia muy concreta y a través de una trama de obligaciones estatales también muy desarrollada en cuanto a una responsabilidad internacional precisa. Es claro que el sistema judicial no tiene responsabilidad directa ante la comunidad internacional sino que actúa a través de la representación unificada del Estado, aun en los sistemas federales. Pero muchas de las acciones del sistema judicial son observadas por esas instituciones o inciden de un modo directo en la responsabilidad internacional del Estado. Ya se ha observado cómo el mal funcionamiento de un sistema judicial puede funcionar como una barrera aduanera indirecta o puede afectar acuerdos multilaterales o bilaterales de cooperación económica o puede abrir instancias internacionales de control, etc. El sistema judicial debe incorporar, en consecuencia, la práctica de brindar información y dar cuenta de su actividad en términos de impacto en las relaciones internacionales.

## VI. Conclusiones

1. El sistema judicial debe rendir cuentas sobre una multiplicidad de áreas que todavía deben ser discernidas y desarrolladas con mayor claridad en las prácticas actuales de las instituciones judiciales. Ello obliga a diferenciaciones ineludibles: primero, entre tipo de organizaciones judiciales y para-judiciales (Tribunales, Fiscalías,

Defensorías, etc.); luego entre funciones, que giran alrededor de lo jurisdiccional, el gobierno y la administración, como áreas de trabajo diferentes, sometidas a reglas especiales; tercero, entre actores sociales y políticos también diferentes, cada uno con características que obligan a construir diálogos diferentes.

2. La rendición de cuentas obliga a *construir transparencia*, no como un simple estado de disponibilidad de información sino como una forma específica de *diálogo social y político*. No alcanza, en consecuencia, con “abrir las puertas del sistema judicial” sino que esa transparencia obliga un activismo del sistema judicial para rendir cuentas.
3. Las formas tradicionales de rendición de cuentas –cuando existen– son hoy inadecuadas para satisfacer las necesidades y los temas expuestos. No sólo es necesario renovar el pensamiento sobre estos tópicos –para lo cual una clarificación conceptual es útil– sino que se debe dar un gran salto de calidad en forma, tiempos y modalidades actuales de la rendición de cuentas. La sola

idea de que ello es una actividad que se debe realizar al fin de un período y con un informe unitario muestra lo lejos que estamos de las nuevas formas de rendición de cuentas permanente, especializada, fragmentada y ágil que reclama la política y los órdenes sociales del presente.

4. Las distintas organizaciones judiciales necesitan contar con oficinas dedicadas de un modo permanente y profesional a esta tarea, que permita coordinar por otra parte, las distintas oficinas que producen información o análisis que no necesariamente deben estar orientadas a la rendición de cuentas como tarea específica.
5. Finalmente, las organizaciones judiciales deben establecer métodos, oficinas y responsables para tomar nota de las respuestas a la rendición de cuentas. Se trata de un dialogo que permite ajustar funcionamiento y responsabilidad, y por lo tanto si el sistema judicial no es sensible a la respuesta a sus informes, entonces no existe verdadera rendición de cuentas.



# La implementación de programas de RAC en sectores de justicia en desarrollo

## Estudios de caso y lecciones aprendidas

**William E. Davis y Razili K. Datta**

La fuerte red de programas y actividades de resolución alternativa de conflictos (RAC) en Estados Unidos –que va desde el trabajo de agencias de base al Grupo de Trabajo de Resolución Alternativa de Conflictos Inter-Agencia al nivel federal- tiene un enorme impacto sobre la expansión del acceso a la justicia, la reducción de la carga de las Cortes, la introducción de más flexibilidad y creatividad en el proceso de la resolución de conflictos y la apertura de vías para resoluciones conciliatorias.

Los beneficios de la RAC son importantes para países desarrollados como los Estados Unidos, pero el impacto positivo de estos mecanismos en países en desarrollo es aún más grande. Los problemas que los sistemas de justicia enfrentan en estos últimos, son desalentadores. Por ejemplo, los sumarios de casos pendientes presentan demoras de años e incluso décadas; las infraestructuras formales de las Cortes no son compatibles con las poblaciones transitorias, desparramadas o rurales que deben atender; y el analfabetismo y la pobreza extrema son la norma, mientras el acceso a los servicios básicos es la excepción. En estos contextos, el uso de RAC acerca la justicia a los menos favorecidos al brindarles la oportunidad de formular sus problemas y demandas y darles las herramientas que necesitan para buscar soluciones.

La implementación adecuada de buenos programas de RAC puede contribuir a consolidar sistemas judiciales más eficientes y eficaces. DPK Consulting, una oficina internacional de servicios de asistencia técnica, gestión y consejos en el ámbito del Estado de Derecho, ha estado trabajando para promover la buena gobernanza y el Estado de Derecho en sociedades en transición o desarrollo por más de 17 años. Parte importante del trabajo de DPK en el diseño, la implementación, el análisis y la evaluación de sistemas y procesos de RAC ha tomado lugar en América Latina y el Medio Oriente.

Siempre hemos hecho uso de tradiciones existentes de justicia informal y reconciliación para promover el diálogo y la colaboración en nuestro trabajo con sistemas de resolución alternativa de conflictos. DPK ha apoyado programas de RAC en el sector privado en agencias como las Cámaras de Comercio de Chile y Ecuador; en el sector público a través del apoyo a las Cortes, las Fiscalías y las Defensorías en Argentina, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Jordania, Marruecos y la República Dominicana; y en las organizaciones de base en Ecuador, Guatemala, El Salvador, Perú y la República Dominicana. Nuestra experiencia en El Salvador es particularmente ilustrativa de cómo programas de RAC que tengan su base en la comunidad pueden mejorar el acceso a la justicia. En este artículo, presentamos estudios de caso de dos proyectos de resolución de conflictos que tienen su base en la comunidad.

### El Salvador

Entre 2000 y 2005, DPK trabajó en dos proyectos financiados por USAID enfocados en el Estado de Derecho en El Salvador. Un componente importante de ambos fue la promoción del desarrollo de mecanismos de RAC, meta que se cumplió inicialmente a través de centros rurales de asistencia legal diseñados para mejorar el acceso a la justicia.

Cuando el proyecto empezó, el concepto de la mediación tenía muy poca visibilidad en El Salvador. Un creciente nivel de violencia en el país y un sistema de justicia penal sobrecargado habían dado el trasfondo y la base para conseguir el financiamiento a través del gobierno estadounidense y apoyo para hacer de la mediación una alternativa viable a la resolución de conflictos a través del sistema de justicia formal.

El equipo de implementación del proyecto trabajó con las municipalidades para fundar 10 *casas*



*de justicia* (centros rurales de justicia) en distintas comunidades y 14 *centros de mediación* que fueron afiliados con la Defensoría. Cada casa de justicia fue establecida a través de una sociedad con un gobierno municipal que incluía un acuerdo escrito y el visto bueno del alcalde. Aunque el programa de *casas* fue separado de la estructura formal de las Cortes, el equipo del proyecto eligió ciudades que tenían altos volúmenes de casos y que estaban en zonas que antes enfrentaban conflictos, por lo cual las medidas de resolución de conflictos que fueran basadas en la comunidad tendrían una importancia especial. La judicatura se involucró en comités locales de coordinación desde un principio y fue muy solidaria, ya que sus miembros vieron que las *casas* podrían reducir el volumen de casos entrando en el sistema de las Cortes de una manera importante, sobre todo en la categoría de disputas dentro de comunidades o familias. Durante su primer año, las *casas de justicia* y los *centros de mediación* facilitaron unos dos mil casos utilizando mediación o la provisión de asistencia legal.

El impacto de la RAC en las vidas de las mujeres es particularmente interesante. En seis de las comunidades donde hubo *casas* y *centros*, las mujeres utilizaron los servicios de mediación mucho más que los hombres. Por ejemplo, en tres de las comunidades, entre 70 y 75 por ciento de las mediaciones que se llevaron a cabo empezaron en respuesta a las peticiones de mujeres. En la mayoría de los casos, las mujeres pidieron mediaciones que tenían que ver con asuntos familiares. El uso más frecuente de servicios de mediación por mujeres fue adscrito a su mayor conocimiento del programa ya que ellas representaron el 70 por ciento o más del público de las presentaciones de información ofrecidas por el personal de la *casa* en varias comunidades.

En el año 2007, DPK volvió a El Salvador para implementar una nueva etapa de las reformas de RAC a través del Programa de Mediación financiado por USAID. Construyendo sobre desarrollos anteriores, el proyecto trabajó para armonizar el marco legal de RAC en El Salvador, disseminar información sobre servicios de mediación y monitorear el impacto de la mediación. El equipo asistió a la red existente de centros de mediación para fortalecer sus destrezas y servicios como una forma de prevenir la violencia social y de los jóvenes en ciertas áreas geográficas a través de programas de mediación en las escuelas.

Otro componente importante del trabajo del programa se centró en el desarrollo de campañas de asistencia comunitaria con socios locales utilizando medidas pacíficas para resolver conflictos y aumentar la visibilidad y utilización de servicios de RAC. El equipo del proyecto implementó una campaña pública para promover el uso de la red nacional de mediación (32 centros y 40 programas escolares),

ayudando a obtener horas de cobertura en la televisión y en la radio además de artículos escritos en un importante periódico y una competencia para niños de ensayos sobre RAC.

Como parte del proyecto, un consultor realizó una investigación basada en casos de un programa piloto de mediación en casos penales. La misma reveló que la mediación permite el acceso a la justicia “libre de obstáculos de género, educación o tipo de conflicto.” El trabajo del consultor indicó que había una tasa de éxito de 78 por ciento y que el 92 por ciento de los usuarios del sistema indicaron que utilizarían la mediación de nuevo.

### Lecciones aprendidas

A través de nuestras experiencias en El Salvador y otros países, DPK ha recaudado un grupo extenso de prácticas y lecciones aprendidas sobre los elementos que son críticos al establecimiento exitoso de programas de RAC en el mundo en desarrollo, que incluye lo siguiente:

**El liderazgo del sistema judicial tiene que estar familiarizado y cómodo con los procesos.** La aceptación y apoyo de socios clave en el sistema de justicia como abogados, jueces y oficiales es esencial para el éxito de programas de RAC. Los actores del sistema de justicia que no estén familiarizados con RAC tienden a ser aprensivos y pensar que la mediación afectará su fuente de empleo o la posición de las Cortes.

Para implementar una iniciativa de RAC, es necesario encontrar voces positivas dentro del sistema, que pueden servir como *visionarios* o *líderes*, ya sea desde adentro o desde afuera del sistema. El rol que este liderazgo desempeña es vital, ya que será el motor del cambio cultural que tiene que ocurrir dentro de la organización. Un acercamiento exitoso para buscar el apoyo de los líderes es la organización e implementación de programas piloto sobre los cuales pueden construirse historias exitosas. En El Salvador, recién después de casi tres años de actividad exitosa en el desarrollo de programas de RAC, la Corte Suprema ha cambiado su posición para apoyar los esfuerzos. Lo hicieron después de ver el impacto que tienen sobre los participantes en los procesos y la falta de justificación para sus preocupaciones iniciales. Algo semejante se ve en Jordania, donde el Consejo Judicial tomó la iniciativa de trabajar con el Ministerio de Justicia para establecer un centro de RAC liderado por jueces en la Corte central en Amman. Las capacitaciones y otros tipos de programas de orientación como seminarios y congresos sobre mediación y arbitraje también han sido altamente efectivos en la deconstrucción de ideas erróneas sobre RAC.

- **La necesidad de interactuar con socios clave.** Hay que buscar la forma de interactuar con los abogados, las Cortes y otros actores en el sector e identificar sus intereses. La efectividad y éxito del sistema dependerá de que se tengan en cuenta sus preocupaciones. La creación de consejos o comités asesores ha sido efectiva en términos de acercar actores importantes a la mesa.
- **Hay que utilizar campañas públicas para educar e informar a la población.** Igual que la educación de actores del sector de justicia, las iniciativas de concientización pública orientadas hacia organizaciones de base, asociaciones de empresas, líderes comunitarios, colegios de abogados, escuelas de derecho y la sociedad civil en general, son vitales para promover la comprensión necesaria de que la justicia RAC no es justicia menor, y que se puede llegar a resoluciones rápidas y justas a través de RAC. En El Salvador, el Programa de Mediación financiado por USAID lanzó una campaña de un mes centrado en el Día Nacional de la Mediación, el cual fue designado por la legislatura. El programa incluyó una conferencia de apertura y varios seminarios y mesas redondas orientadas hacia públicos diversos.

Es necesario enfatizar la importancia de aprender de otros. Los que implementen programas de RAC tienen que compartir sus experiencias y construir nuevas iniciativas sobre las lecciones aprendidas. Al unirse a las asociaciones de RAC, asistir a congresos nacionales e internacionales y estudiar otros sistemas, los programadores de RAC no solo aprenden de nuevos acercamientos sino también tienen la oportunidad de actualizar sus diseños y procesos para reflejar resultados más efectivos y eficientes.

- **Se requiere el diseño de un sistema específico para cada contexto.** Un sistema de RAC bien diseñado tomará en cuenta las siguientes preguntas
  - ¿Quién proveerá el servicio?
  - ¿Cuál será la estructura de costos?
  - ¿Cómo se manejará el tema de remisión de casos?
  - ¿Cómo se harán cumplir los acuerdos?
  - ¿Qué tipo de marco regulatorio debería ser implementado para apoyar el sistema?
  - ¿Cuál es la relación entre el sistema de RAC y las Cortes?
  - ¿Cuáles son las fuentes de financiamiento?
  - ¿Cómo se obtendrá personal capacitado?
  - ¿Qué tipos de instalaciones serán utilizados?
- **Se debe establecer la sostenibilidad del programa con las contrapartes.** La sostenibilidad de un programa de RAC comienza con su

diseño. Como el trabajo de DPK es financiado por donantes internacionales como USAID y el Banco Mundial y por cantidades y períodos de tiempo preestablecidos, hay que implementar apoyo financiero y programático permanente para programas de RAC con las organizaciones contrapartes para asegurar la continuidad de los servicios una vez que el proyecto termine. En El Salvador, por ejemplo, donde DPK trabajó con las municipalidades para crear las *casas de justicia* y con la Defensoría Pública para fundar centros de medicación. Desarrollamos sociedades con gobiernos municipales basadas en acuerdos formales a través de los cuales las municipalidades se comprometieron a proveer el espacio físico y eventualmente asumir los costos de la operación de los centros. Este acercamiento aseguró que los centros y las *casas* seguirían operando una vez que se terminara el proyecto y también incorporó a las contrapartes en el proceso desde el principio.

Como es el caso en los Estados Unidos, RAC ofrece enormes oportunidades a los países en desarrollo, particularmente para acceso a justicia. Sin embargo, los sistemas de RAC también enfrentan desafíos complejos. Como promotores de soluciones creativas para mejorar la calidad de vida de individuos alrededor del mundo a través de trabajo que apoya la extensión del Estado de Derecho, como profesionales en el área de RAC, tenemos que seguir aprendiendo y compartiendo nuestras experiencias para avanzar en la comprensión del uso de RAC en distintos contextos. Al hacerlo, servimos a comunidades más amplias y les damos a sus miembros la posibilidad de adoptar y adaptar los mecanismos de RAC para que funcionen para ellos.

**William E. Davis** es director y co-fundador de DPK Consulting, una división de ARD, Inc. Trabaja como consultor y asesor del Asesor de Quejas/Defensor del Pueblo de IFC/World Bank. Su dirección de email es [dpkwdavis@aol.com](mailto:dpkwdavis@aol.com).

**Razili K. Datta** es asociada de DPK Consulting, una división de ARD, Inc. Ella es escritora y mediadora comunitaria con un enfoque en resolución de disputas en el sur de Asia. Su dirección de email es [rdatta@dpkconsulting.com](mailto:rdatta@dpkconsulting.com).

**Sergio Zegarra** oficial de proyecto de DPK Consulting, mediador que se especializa en conflictos comunitarios y el desarrollo de programas de mediación. Ha dirigido y contribuido a la implementación de programas de mediación y evaluaciones de RAC en Bolivia, Jordania y los Estados Unidos.



# reseñas bibliográficas

## reseñas bibliográficas

### **Persecución de delitos complejos: capacidades de los sistemas penales en América Latina". CEJA – CIDA**

El documento en su versión PDF se encuentra disponible en el sitio web [www.cejamericas.org](http://www.cejamericas.org)

*El reporte presenta los hallazgos de los estudios sobre esta materia, realizados en 6 países de la región: por un lado, países con reformas procesales penales finalizadas (Colombia, Chile y Venezuela) y, por otro lado, países con procesos de reformas a la justicia penal en curso (Argentina, México y Perú).*



El Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, con el apoyo de la Agencia de Desarrollo Internacional de Canadá (CIDA), presenta el libro "Persecución de delitos complejos: capacidades de los sistemas penales en América Latina".

La publicación consiste en el estudio que encabeza CEJA desde el año 2009 con el propósito de conocer, mediante un primer ejercicio exploratorio, las capacidades de respuesta en el ámbito de la investigación y persecución penal de delitos definidos como de connotación social. Ellos incluyen, entre otros, a los homicidios, secuestros, delitos asociados a la corrupción, y crimen organizado. En su conjunto si bien muchos de estos no representan grandes cifras cuantitativas, resultan relevantes por el impacto y complejidad investigativa que comprenden, así como su importancia en la medición de la eficiencia y la calidad sustantiva del trabajo de los Ministerios Públicos.

Este reporte presenta los hallazgos de los estudios sobre esta materia, realizados en seis países de la región: por un lado, países con reformas procesales penales finalizadas (Colombia, Chile y Venezuela) y, por otro lado, países con procesos de reformas a la justicia penal en curso (Argentina, México y Perú). Los autores de los informes son Luciano Hazan (Argentina); Rodrigo de la Barra (Chile); Mildred Hartmann (Colombia); María Laura Magaloni (México); Nataly Ponce (Perú); y Carmen Alguindigue (Venezuela).

#### *Visión panorámica de los estudios nacionales<sup>1</sup>*

El informe de Argentina analiza la justicia penal de instrucción (Ciudad de Buenos Aires) y federal, donde la investigación criminal está principalmente en manos de los jueces

de instrucción<sup>2</sup>. Este informe muestra diversos problemas derivados de dicha atribución judicial y, dentro de ellos, las pocas condenas logradas frente a los casos de homicidios dolosos, aún cuando los jueces sólo investigan estos delitos con imputados conocidos. Otro tema en el cual se detiene este estudio son las dificultades enfrentadas para investigar los casos de corrupción en Argentina y, con relación a ello, las limitaciones existentes para la consolidación del Ministerio Público. En este sentido, el informe hace énfasis en el proceso atravesado por la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas (FIA). Este informe también aborda las debilidades en las agencias que colaboran con el sistema de persecución penal y, dentro de ellas, en el sistema pericial.

El estudio de Chile sostiene, a partir del análisis de las cifras del Ministerio Público, que hay un alto porcentaje de homicidios, delitos económicos y casos de corrupción que ingresan al sistema de persecución penal y no son condenados vía juicio oral. Ello pese a que en ese país, cualquier delito con pena superior a 5 años de cárcel, requiere un juicio oral, aspecto que guardaría relación con el uso de la negociación de la pena que ha traído consigo el nuevo proceso penal. Por otro lado, la investigación señala que en el caso chileno, la complejidad investigativa de un caso no guarda relación con la complejidad del enjuiciamiento o con las penas altas, sino más bien con la atención que le brinda el sistema judicial al caso en sí. Bajo esa lógica se verifica la asignación de este tipo de casos a fiscales especializados y con sujeción a un flujo de trabajo diferente al de los delitos comunes. Adicionalmente, el reporte expone debilidades en la integración de la lógica investigativa fiscal-policial, con la labor pericial, área donde se plantea

<sup>1</sup> Texto obtenido del capítulo de introducción de la publicación "Persecución de delitos complejos: capacidades de los sistemas penales en América Latina".

<sup>2</sup> La delegación total alcanza a un 83% en el caso de la Justicia de instrucción (Ciudad de Buenos Aires) y a un 17% en el caso de la Justicia Federal. Cabe destacar que la mayor diferencia se produce en los casos con autor desconocido llegando a un 74% en la Justicia de instrucción y a un 9% en la Federal. Ver informe nacional de esta misma publicación

la importancia de reforzar los mecanismos de articulación con los peritos. El informe también destaca la necesidad de contar con incentivos para los fiscales, a efectos de lograr terminaciones de calidad en los casos de alta connotación social.

El estudio de Colombia analiza detenidamente las estadísticas de la Fiscalía General de la Nación respecto de los homicidios, secuestros, extorsiones y delitos vinculados a corrupción y concluye que, al igual que sucede con los delitos comunes, existiría un alto número de delitos de alta connotación social que están represados en el sistema, pendientes de una decisión o finalizados sin condena. La investigación se detiene entonces en los problemas que tienen los fiscales para lograr sentencias condenatorias en torno a estos delitos, entre ellos, la ausencia de incentivos institucionales orientados hacia ese fin. Por otra parte, a partir de las entrevistas realizadas, el estudio identifica áreas problemáticas en el ejercicio eficiente de la persecución penal, como por ejemplo para el diseño de la teoría de caso por parte de los fiscales y, para llevar los casos a juicio y lograr condenas. En este escenario, se establece que hay prácticas del sistema antiguo aún vigentes que contribuyen al represamiento y a la poca judicialización de los casos penales, como la excesiva e innecesaria ampliación de la denuncia ante los fiscales. El estudio cuestiona el impacto que habría tenido en la práctica el “programa metodológico” como una herramienta diseñada para mejorar la planificación del trabajo investigativo policial y fiscal. La relación entre política, medios de comunicación y persecución penal es otro de los rubros abordados en esta investigación.

El estudio de México muestra la importancia de introducir en este país mecanismos de gestión y de control de la calidad investigativa del delito, en el contexto del nuevo sistema penal acusatorio generado con la reforma constitucional de 2008. El estudio analiza las prácticas al interior de la Procuraduría de Justicia, institución responsable de la persecución criminal en México. La investigación muestra cómo la dotación de recursos humanos y logísticos, así como contar con una policía judicial y servicios periciales, no necesariamente deriva en el éxito de la investigación criminal, si estas medidas no se acompañan de cambios sustantivos orientados a desformalizar y desburocratizar los métodos tradicionales de la investigación criminal.

Adicionalmente, el estudio de México profundiza en la situación de la Agencia de Homicidios del Distrito Federal, unidad especializada federativa que cuenta con una dotación de recursos humanos y condiciones de operatividad superior a las de otras agencias del país. Se destaca que los casos penales derivados de esta unidad terminan en un 93% en sentencias condenatorias; sin embargo, se advierte que ello se da en un escenario global de bajos estándares judiciales en materia probatoria. El estudio aborda las debilidades en la organización, métodos de trabajo y de coordinación de esta agencia, que afectan su desempeño.

Al igual que en el caso argentino, el estudio de Perú se avoca al análisis de las prácticas en el sistema procesal penal no reformado, vigente en la ciudad capital de Lima. Este estudio advierte serias debilidades en la generación y acceso a la información sobre el crimen y el delito en Perú, situación que trasciende al aparato policial, puesto que también atraviesa al Ministerio Público y al Poder Judicial. La investigación evidencia que las categorías aplicadas para registrar los homicidios y otros delitos de connotación social, no permiten conocer y evaluar el comportamiento delictivo y las respuestas que frente a éste tiene el sistema judicial. Asimismo, el estudio ahonda en la tramitación burocrática del expediente como un problema central del proceso penal y lo ubica como un desafío clave de cara al nuevo proceso penal. También se avoca al análisis de la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) y presenta debilidades en esta dependencia para la persecución penal de los delitos financieros.

En cuanto a los casos de corrupción, el informe destaca los logros del país frente a los hechos sucedidos en los años '90, pero también revela deficiencias que se habrían presentado en la persecución penal. El estudio identifica buenas prácticas en materia de gestión, aplicables para mejorar la eficacia y persecución penal de los delitos de mayor impacto social, y aborda la vinculación que existiría entre el uso de los medios de comunicación, los intereses políticos y las denuncias penales de hechos de corrupción.

Finalmente, el reporte de Venezuela ofrece una revisión panorámica del sistema de persecución penal y judicial en este país. El estudio plantea que es problemático el gran porcentaje de casos que no llegan a ser denunciados, así como el alto número de homicidios, que ubica a Venezuela con una de las tasas más altas de estos delitos en América del Sur. Sobre las capacidades de terminación de casos por parte del Ministerio Público, el informe señala que hay un porcentaje menor de terminación o conclusión de casos, lo que mostraría una gran cantidad de casos represados en el sistema judicial. En cuanto a los problemas que afectan el desarrollo de las investigaciones, el reporte afirma que la ausencia de manuales y protocolos acordes con el nuevo proceso penal, afectan las capacidades de respuesta del Ministerio Público. El estudio concluye que, si bien el Código Orgánico Procesal de 1999 introdujo un modelo procesal penal acusatorio, en términos reales no se han verificado cambios acordes con ello, siendo que hoy en día varias de las prácticas de los fiscales y del sistema penal en su conjunto son las mismas del viejo sistema, verificándose en Venezuela una gran lentitud y abusos de derechos en un procesamiento penal que se centraliza en la tramitación del expediente. El reporte también advierte que las amenazas a la independencia de los órganos del sistema judicial bajo el actual régimen político, ubican al sistema de justicia venezolano en una situación excepcional de riesgo.